Geschichtliche Entwicklung

der

Haftung des Verkäufers

wegen Mängel im Recht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der

Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

ERNST GEORG von WAECHTER

Referendar in Hamburg.

HAMBURG 1905.

Druck der Verlagsanstalt und Druckerei A.-G. (vorm. J. F. Richter).

Geschichtliche Entwicklung

der

Haftung des Verkäufers

wegen Mängel im Recht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

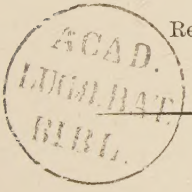
bei der

Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

ERNST GEORG von WAECHTER

Referendar in Hamburg.



HAMBURG 1905.

Druck der Verlagsanstalt und Druckerei A.-G. (vorm. J. F. Richter).

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545810_0068

Seiner teuren Mutter

in Liebe und Dankbarkeit

gewidmet

vom

Verfasser.

Inhalt.

		Seite
§ 1.	Einleitung	7
§ 2.	Historische Übersicht	10
§ 3.	Das römische Recht	15
§ 4.	Das gemeine Recht	39
§ 5.	Das Partikularrecht	49
§ 6.	Die Abfassung des Bürgerlichen Gesetzbuches	85

§ 1.

Einleitung.

I. Gegenstand dieser Abhandlung ist die Haftung des Verkäufers bei Mängeln im Recht nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Auf diesen Bestimmungen — jetzt geltendes Recht — fusst auch die einleitende Erörterung. Eine historische Übersicht wird die Einleitung ergänzen.

II. Die Haftung des Verkäufers umfasst drei Hauptpflichten:

1. Die Verpflichtung zur Übergabe;
2. die Verpflichtung zugehöriger Rechtsverschaffung;
3. die Gewährleistungspflicht wegen Mängel der Sache.

Wir behandeln nicht die Haftung des Verkäufers schlechthin, sondern nur einen Teil derselben. Dieser Teil lässt sich gesondert behandeln; er bildet begrifflich und nach der Anordnung der Gesetzesbestimmungen ein selbständiges Ganzes.

III. Die Übergabepflicht verbindet nach B. G. B. § 433, Abs. 1 den Verkäufer einer Sache, dem Käufer die Sache zu übergeben, den Verkäufer eines Rechtes, welches zum Besitz einer Sache berechtigt,[1] diese Sache zu übergeben. Auch in dem letzteren Falle hat die Sachübergabe mit der Rechtsverschaffung nichts zu tun. Jene verschafft den Besitz der Sache, diese das Recht zum Besitze derselben. Die Rechtsverschaffung bezieht sich auf Rechte, abstrakte Grössen; die Übergabepflicht geht auf reale Objekte,

[1] Ein solches Recht ist z. B. das Erbbaurecht, ein zu bestellender Niessbrauch, eine durch Faustpfand gesicherte Forderung.

Sachen. Die Rechtsverschaffung erfolgt mitunter durch die Übergabe der Sache, so die Übertragung von Eigentum an beweglichen Sachen; aber dies Eigentum kann auch ohne Besitzübertragung verschafft werden nach B. G. B. §§ 930, 931. Ist streitig, ob der Verkäufer seine Pflicht erfüllt hat, so ist die geschehene Übergabe von dem Verkäufer zu beweisen, dagegen die nicht erfolgte Rechtsverschaffung nach B. G. B. § 442 durch den Käufer. So steht die Verpflichtung zur Sachübergabe derjenigen zur Rechtsverschaffung begrifflich, wie auch im Wortlaut des Gesetzes (B. G. B. § 433, Abs. 1), durchaus selbständig gegenüber. Wir scheiden daher die Besprechung der Sachübergabe aus unserer Darstellung aus; wir erwähnen sie nur beiläufig als Rechtsverschaffungshandlung.

IV. Der Verkäufer hat mangelfreies Recht zu verschaffen; er haftet wegen eines Mangels im Recht. Diese Haftung ist anderer Art als diejenige wegen Mängel der Sache.

1. Schon im Gegenstande zeigt sich ein Unterschied. Der Mangel im Recht ist bei dinglichen Rechten stets ein Fehlen des vollen Umfanges, bei Forderungs- und Immaterialgüterrechten auch ein Fehler in der Qualität des Rechtes, als solcher aber in der Regel[1] nur kraft Vertrages[2] als Rechtsmangel haftbar machend. Mängel der verkauften Sache sind Qualitätsfehler; Quantitätsmängel der Sache machen ausnahmsweise und nur kraft Gesetzes[3] als Sachmängel haftbar.

2. Bei Rechtsmängeln haftet der Verkäufer, weil er nicht oder unvollständig erfüllt hat. Bei Sachmängeln haftet er, obgleich er häufig erfüllt hat. Ist ein Mangel im Recht vorhanden, so hat der Verkäufer seine ihm nach dem Kauf-

---

[1] Gesetzlich haftet nach B. G. B. § 437, Abs. 2 der Verkäufer eines Wertpapiers für eine bestimmte Bonität des Papierrechtes, wie wegen eines Rechtsmangels (arg. „haftet auch“).

[2] arg. B. G. B. § 438, Vordersatz.

[3] So macht nach B. G. B. § 468, Satz 1 die Zusicherung bestimmter Grösse eines verkauften Grundstücks haftbar als Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft.

vertrage obliegende Verpflichtung zu gehöriger Rechtsverschaffung nicht erfüllt. Hat die Kaufsache Mängel, so hat der Verkäufer erfüllt, wenn er versprochen hatte, eine bestimmte Sache zu liefern, und nun diese Sache, wenn auch mit Mängeln, geliefert hat. Nur soll die Lieferung mangelhafter Sachen doch nicht ganz verantwortungslos für den Verkäufer sein;[1] daher ist er auch, wenn er erfüllt hat, verpflichtet zu besonderer Gewährleistung nach B. G. B. §§ 459 ff. So untersteht die Gewährleistung wegen Mängel der Sache eigenen Grundsätzen im Rahmen der Billigkeit; die Haftung wegen eines Mangels im Recht normiert sich nach den allgemeinen Vorschriften über die Nichterfüllung eines Schuldvertrages, wenn auch mit notwendigen Modifikationen. Daher hat das Gesetz die Gewährpflicht bei Sachmängeln in einem eigenen Abschnitt des Titels „Kauf" behandelt (B. G. B. §§ 459 ff.), die Haftung wegen Rechtsmängel durch Verweisung auf die Vorschriften über gegenseitige Verträge geregelt (B. G. B § 440, Abs. 1).

3. Wegen eines Mangels im Recht haftet der Verkäufer stets, wegen eines Mangels der verkauften Sache nur dann, wenn dieser von bestimmter Art und von Erheblichkeit ist.

4. Die Ansprüche aus der Haftung verjähren bei Mängeln im Recht in der regelmässigen Verjährungszeit von dreissig Jahren, bei Mängeln der Sache in kurzer Frist (B. G. B. § 477).

Somit ist die Gewährleistung wegen Sachmängel von derjenigen wegen Rechtsmängel zu trennen.[2] Die erstere

---

[1] Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Teil II, § 220, Nr. 2.

[2] Rabel, die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte, Bd. I, S. 335 ff., empfiehlt eine Regelung des Gesetzes, nach der die Normen für Rechtsmängel auf Sachmängel und umgekehrt analog anwendbar wären. Er findet es unbillig, dass der Verkäufer nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch wegen Rechtsmangels auch ohne Verschulden in weitem Umfange haftet, während der Käufer einen Sachmangel nicht auf Kosten des Verkäufers beseitigen darf, die Erstattung nützlicher Verwendungen nicht verlangen kann usw. Mag dies auch nach Rabels weiteren Ausführungen praktisch zu Unzuträglichkeiten führen, so ist doch theoretisch die strengere Haftung bei Rechtsmängeln dadurch

wird im folgenden nicht behandelt werden. Nur die Verpflichtung des Verkäufers zur gehörigen Rechtsverschaffung bildet den Gegenstand unserer Erörterungen.

---

§ 2.

Historische Übersicht.

Wenn am Kaufobjekt Mängel im Recht sich finden, so hat der Käufer gegen den Verkäufer Ansprüche auf Rechtsgewähr (z. B. Eigentumsverschaffung), auf Ersatz für nichtgewährtes Recht (Schadensersatz) und das Recht zum Rücktritt. Dies ist heutiges Recht, nicht von jeher geltend. Ein Rückblick auf früheres Recht mag geschichtliches

---

begründet, dass Mängel an Sachen vom Käufer eher wahrgenommen werden als an unkörperlichen Rechten, daher die rechtlichen Beziehungen des Kaufobjektes schutzbedürftiger sind als physische. Der Ausführung, dass ökonomisch der Mangel juristischer Eigenschaften (z. B. bei Beschränkung des Eigentums durch eine Servitut) einem physischen gleichkomme, z. B. ein Fenster, welches der Nachbar zubauen darf, sei so gut wie kein Fenster, ist zu entgegnen, dass das Gesetz logisch die Begriffe erfassen und scheiden muss, anstatt sie wirtschaftlich wiederzugeben und zusammenzufassen; das Gesetz darf das Recht nicht unwissenschaftlich geben. Dass die Wissenschaft die Rechtsmängelhaftung von derjenigen für Sachmängel zu trennen hat, gibt Rabel auch zu (a. a. O. S. 329, Note 1 a. E.). Endlich ist es unrichtig, dass die Scheidung von Rechtsmängel- und Sachmängelnormen viele Fälle ungeregelt lasse. Zu den Beispielen Rabels (a. a. O. S. 336) hierfür ist zu bemerken: Die Einbringlichkeit von Forderungen ist sehr wohl zu klassifizieren: als Mangel der Bonität des Forderungsrechtes, als Rechtsmangel. Wert und Ertragsfähigkeit des verkauften Unternehmens sind die Bonität verkaufter Rechte, soweit das Unternehmen, als solches nicht eigentlich Gegenstand eines Kaufes, in Rechten besteht; soweit es Sachen umfasst, sind Wert und Ertragsfähigkeit dieser Sachen physische Eigenschaften, demnach der Sachmängelhaftung unterliegend, während die Haftung für Bonität der Rechte, falls nach dem Vertrage bestehend, Rechtsmängelhaftung ist. Die Provenienz der Kaufsache ist eine physische Beziehung derselben; die gewerbliche Auszeichnung der Sache beruht auf physischen Beziehungen; in beiden

Interesse bieten; auch erklärt sich das Wesen des Rechts aus seinem Werden. Daher soll eine Skizze der Geschichte des heutigen Rechts der Darstellung desselben vorangehen.

I. Das Recht der Gegenwart fixiert für unser Thema eine Entwicklung, welche bei den Anfängen römischen und altdeutschen Rechtes beginnend in der Ausbildung dieser Rechte sich fortsetzt, am Ende des Mittelalters durch die Rezeption zur Bildung des gemeinen Rechts, später zur Entstehung der Partikularrechte führt und fortwirkt noch in die Entstehungsgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuches, bis die endgültige Fassung dieses Gesetzes, mit Veraltetem brechend, rein den neuen Rechtsgedanken zur Darstellung bringt. Somit ergeben sich für unsere Betrachtung die fünf Abschnitte: Römisches, Älteres deutsches Recht, Gemeines Recht, Partikularrecht und die Vorgeschichte des Gesetzbuches.

Fällen kann ein Fehler der Sache in ihrem Werte vorliegen, demnach B. G. B. §§ 459 ff. direkt anwendbar sein, oder das Fehlen der bezüglichen physischen Beziehung kann analog dem Fehlen einer Eigenschaft eine Sachmängelhaftung begründen. Qualitäten eines Korporationsvermögens bei dem Verkauf von Mitgliedschaftsrechten begründen Mängel der Bonität der Mitgliedschaftsrechte, Rechtsmängel. Die Durchführbarkeit eines verkauften Patentes ist eine Bedingung seiner Bonität, eine rechtliche Eigenschaft, ihr Fehlen ein Rechtsmangel.

Richtig ist, dass in manchen Fällen die Rechtsmängelnormen mit den Sachmängelvorschriften konkurrieren. So giebt es Sachmängel, welche in der Folge zu Rechtsmängeln führen, z. B. die baupolizeilichen Fehler des verkauften Grundstücks, ferner Sachmängel, welche zugleich Rechtsmängel bilden, z. B. Fehler an Wertpapieren, weil sowohl das Papier als das darin verkörperte Recht Kaufgegenstände sind. Jedoch diese Konkurrenz ist durch vernünftige Rechtsanwendung in Bezug auf die Ansprüche des Käufers stets angemessen ausgleichbar. — Die von Rabel (S. 377 oben) angeführte Entscheidung französischer Jurisprudenz aus der Gleichstellung eines Rechtsmangels mit einem *vice apparent* der Sache würde übrigens auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch im Ergebnis ebenso ausfallen: Die abstrakte Patentunfähigkeit stellt eine objektive Unmöglichkeit des Patenterwerbes dar, welche schon beim Kaufabschluss vorlag; daher macht sie, wie das Patent, so auch den auf Patenterwerb gerichteten Kaufvertrag nichtig, so dass keine Haftung aus dem Kaufvertrage entsteht (B. G. B. § 306, vgl. aber auch § 307).

II. Der Kauf ist ein uraltes Geschäft, von der Rechtsordnung frühe geregelt. Die Haftung des Verkäufers für Rechtsmängel bestand im ältesten römischen Recht gleichartig der Haftung nach germanischem[1] Recht in der Pflicht, dem Käufer, der um das Kaufobjekt gegen Dritte prozessieren musste, Beistand im Prozesse zu leisten bei Strafe des Geldersatzes. Diese Pflicht bildete sich im Laufe der Rechtsgeschichte fort zu der Pflicht, das Recht an der Kaufsache bezw. das verkaufte Recht dem Käufer zu verschaffen[2] bei Meidung des Schadensersatzes. Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält das reine Rechtsverschaffungsprinzip, nicht mehr eine Haftung auf Schutz (Defension, Eviktionsgarantie), sondern die Haftung auf Gewähr (Vollgarantie) des Rechts.

Dass die Rechtsverschaffungspflicht nicht von Anfang an den Verkäufer traf, erklärt sich zunächst daraus, dass einem jungen Rechte bei noch unentwickelter Reflexion der abstrakte Begriff des subjektiven Rechtes unerfassbar ist. Die Kaufsache war sichtbar und greifbar; das Recht an ihr wurde nicht voll, einheitlich im Begriffe erkannt, weder in

---

[1] Vgl. Rabel, Haftung des Verkäufers, Bd. 1, S. 8, S. 169.

[2] Genauer: nicht die Verschaffungspflicht ist Inhalt der Haftung wegen Rechtsmangels, diese vielmehr eine Haftung auf Erfüllung aus der Rechtsverschaffungspflicht. Doch um der Kürze des Ausdrucks willen sei es gestattet, im folgenden und späterhin die Haftung auf Erfüllung als Verschaffungshaftung, Verschaffungspflicht zu bezeichnen, zumal da die Erfüllung auch als Rechtsverschaffung beansprucht werden kann und häufig zunächst als solche beansprucht wird, und weil die Haftung mit der Nichtverschaffung, nicht erst später, z. B. mit erfolgter Eviktion, entsteht. Ebenso wird das Schlagwort „Rechtsverschaffung" als prägnanter Ausdruck für die moderne Erfüllungshaftung bisweilen gebraucht werden, falls der Zusammenhang eine Verwechslung mit der Verschaffungspflicht im engeren Sinne ausschliesst.

Auch die eigentliche Pflicht zur Rechtsverschaffung hat sich allmählich aus einer Pflicht zur Gewährung tatsächlichen Habens (römisches Recht, altdeutsches Recht) durch die Etappen des gemeinen Rechts (Genussverschaffung), des preussischen Allgemeinen Landrechts (Verschaffung eines Zustandes der Art, dass der Käufer die Kaufsache „als" sein Eigentum hat) und des Dresdener Entwurfes (Verkäufer muss die Kaufsache zu eigen überlassen) bis zur Pflicht zur Verschaffung vollen Rechtes (erster Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches) entwickelt.

Rom, wo eine einheitliche Eigentumsform fehlte,[1] noch im deutschen Recht, welches Abstraktionen feindlich war. Eine Verpflichtung des Verkäufers zur Verschaffung des Eigentums blieb dem altdeutschen Recht und im Prinzip auch dem römischen Rechte fremd.[2]

Der Kauf ist die Willenseinigung der Parteien dahin, dass der Eine die zugesagte Leistung dem Anderen endgültig und vollständig überlassen soll, und zwar der Käufer den vereinbarten Preis, der Verkäufer den vereinbarten Kaufgegenstand. Kaufobjekt war anfänglich nur, was im Besitze stehen konnte, was in der Rechtsform des Sacherwerbes *(mancipatio, sala, investitura)* verschafft werden konnte: körperliche Gegenstände, die Gewere an Sachen und Rechten, Rustikalservituten als *res mancipi*. Der Verkäufer hatte den Besitz des Kaufobjektes zu verschaffen und zu erhalten. Der Prozess eines Dritten mit dem Käufer um das Kaufobjekt konnte die definitive Verschaffung desselben durch den Verkäufer illusorisch machen. Da diese Verschaffung eine erfolgreiche sein sollte, so lag es nahe, den Verkäufer zur Hilfeleistung im Prozess dem Käufer zu verpflichten. Erst durch solchen Beistand hat der Verkäufer, so dachte man, seine Traditionspflicht voll erfüllt; dass der Grund der Hilfeleistungspflicht nicht nur das Interesse des Käufers am Behalten des Kaufobjektes, sondern der durch den Prozessanspruch des Dritten geltend gemachte Mangel im Recht sei, für den der Verkäufer einzustehen habe, blieb dem alten Recht, eben weil es das subjektive Recht und so auch dessen Mangel nicht genügend erfasste, verborgen. Daher war die Rechtsmängelhaftung anfänglich im römischen Recht ein Einstehen für sachliches Haben durch Defension; auch im älteren deutschen Recht bezweckte sie nichts anderes, als zur Erhaltung des Käufers in seinem Besitze das Supplement durch prozessualen Schutz zu liefern.[3]

Die Prozesshilfepflicht des Verkäufers ruht im Baue

---

[1] Eck, Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigentums, S. 21.

[2] Rabel, a. a. O., S. 194.

[3] Rabel, a. a. O., S. 188.

des alten Rechtsganges.[1] Der Käufer konnte z. B. als Beklagter im Eigentumsstreite zur Angabe und zum Nachweise seines Besitztitels genötigt werden. Dieser Nachweis, namentlich die Darlegung der Veräusserungsbefugnis des Verkäufers, auch der Beweis des Erwerbsgeschäftes selbst, war am Einfachsten durch die Beiziehung des Verkäufers und dessen Tätigkeit im Prozess zu führen; trat der Verkäufer im Prozesse als Beweisführer oder sonstwie auf, so wurde dem beklagten Käufer die Gefahr des Prozesses, Mühe und Kosten abgenommen und tunlichst die Kaufsache erhalten, dem Verkäufer die Möglichkeit eröffnet, zur Befreiung vom Regress des Käufers den Prozess nach eigenem Gutdünken zu führen, und dem Dritten, der etwa einen Deliktsanspruch gegen den Verkäufer hatte (so nach deutschem Recht die Anfangsklage auf Busse, falls der Verkäufer die dem Käufer verkaufte Sache dem Dritten entwendet hatte), die Verfolgung des Bussanspruchs gegen den Verkäufer, der nun sein Prozessgegner war, erleichtert. Aus diesen Gründen, vornehmlich aber, weil jeder Käufer den Schutz des Verkäufers brauchte, durfte ihn jeder Käufer verlangen. Daher war die Nichtleistung des Schutzes nach altrömischem und nach dem älteren deutschen Recht ein Delikt.[2] Machte sich der Verkäufer desselben schuldig, so verfiel er dem Käufer in Strafe. Der Strafanspruch des Käufers hat sich allmählich erweitert und umgestaltet in einen Entschädigungsanspruch, indem, wie auch bei anderen Deliktsansprüchen,[3] der Zweck der Entschädigung dem Gedanken der Strafe sich beigesellte und ihn zuletzt verdrängte.

Diese Umwandlung der Straffolge zur Entschädigungsfolge vollzog sich, noch bevor die Schutzpflicht sich erweitert hatte, zur Verschaffungspflicht; die Schutzpflicht selbst erwuchs später dem Verkäufer unmittelbar, nicht mehr durch den Gesichtspunkt der Deliktshaftung vermittelt, aus dem Kaufgeschäft.

[1] Rabel, a. a. O., S. 11.

[2] Rabel, a. a. O., S. 2, Note 1 a. E., S. 8 ff.

[3] Dernburg, Pandekten Bd. II, § 129, S. 348 f.

§ 3.

Das römische Recht.

Ursprünglich hatte der Käufer wegen Rechtsmängel gegen den Verkäufer die *actio auctoritatis*, später auch Ansprüche aus der Eviktionsstipulation. Das klassische römische Recht gab Kontraktsansprüche. Das justinianische Recht schliesst die Rechtsentwicklung ab.

I. Nach dem ältesten römischen Recht war ein Kaufgeschäft in zwei Formen möglich: als formloser Handkauf und als *mancipatio*. In der ersteren Form erzeugte der Kauf an sich keine Gewährleistungspflicht;[1] diese entstand nur aus der **mancipatio.**

1. Die *mancipatio* war der feierliche Kauf einer Sache[2] vor fünf mündigen römischen Bürgern unter Zuwägung ungemünzten Kupfermetalls und solennen Worten des Käufers. Die Rede des Käufers und die Tendenz des Mancipationsaktes richteten sich auf den Erwerb des Eigentums.[3] Der Vollzug der *mancipatio* verpflichtete zur Tradition der Kaufsache, falls nicht schon bei der *mancipatio* tradiert war. Die Hingabe[4] des Kaufobjektes verpflichtete den Verkäufer zur Defension des Käufers.[5]

Der Verkäufer war verpflichtet,[6] den Käufer in Aktiv- und Passivprozessen gegen Ansprüche Dritter auf die Kauf-

---

[1] Rabel, Haftung des Verkäufers, Bd. I, S. 2.

[2] Auch Rustikalservituten konnten manzipiert werden (l. 10, l. 46 § 1 D. *de evict. et dupl. stip.* 21, 2); für sie galt, was wir im Folgenden für körperliche Gegenstände erörtern, analog.

[3] Eck, Verpflichtung des Verkäufers, S. 2. Doch war die *mancipatio* gültig, auch wenn der Verkäufer das Eigentum nicht hatte (Bechmann, Der Kauf, Bd. I, S. 108).

[4] Rabel, a. a. O., S. 9.

[5] Materiellrechtlich war der Kern der Haftung des Verkäufers zunächst nicht Ersatz für Sachverlust, sondern Defension gegen den Verlust der Kaufsache. Vgl. Rabel, a. a. O., S. 23 ff..

[6] Die Defensionspflicht wurde vom Gesetze statuiert, weil sie einem dringenden Bedürfnisse des Käufers entsprach: das Eigentum

sache aus einem Mangel des Rechtes des Verkäufers zu verteidigen. Zu diesem Behufe hatte er vor Gericht zu erscheinen, im Prozess des Käufers die Vertretung des Käufers oder dessen Mitvertretung zu übernehmen und dem Käufer zum Siege zu verhelfen, z. B. durch Zeugenschaft, Herbeischaffung von Urkunden, Ablegung von Eiden zwecks Beweisführung für guten Glauben des Käufers beim Ankauf, für den eigenen, des Verkäufers Rechtserwerb. Sobald der Drittanspruch bei Gericht angebracht war,[1] stand dem Käufer gegen den Verkäufer die *actio auctoritatis*[2] auf[3] Beistand im Prozess zu. Die *actio auctoritatis* erwuchs dem Käufer aus der *mancipatio* kraft Rechtens,[4] bedingt jedoch durch die Erhebung des Drittanspruches. Der Käufer hatte den Verkäufer zum Erscheinen in dem schwebenden Legisaktionenverfahren feierlich durch *in jus vocatio* zu laden und dann *in jure*, vor dem rechtsprechenden Magistrat, an jenen.

---

wurde zumeist derivativ erworben, der Nachweis des Erwerbes konnte oft nur durch den Verkäufer als *auctor* des Käufers geführt werden, und diese Beweisführung war zum Siege des Käufers, besonders solange der publicianische Besitz noch nicht ausgebildet war, erforderlich.

[1] Rabel, a. a. O. S. 26 f.

[2] Das Wort *auctoritas* ist, wie „*auctor*", von *augere*, vermehren, stärken abzuleiten; es bezeichnet demnach eine Stärkung des Käufers, die gerichtliche Stützung seitens des Verkäufers (Rabel, a. a. O., S. 5 und Note 1 daselbst). Andererseits bedeutet *auctor* den Urheber (der Verkäufer ist *auctor* der Rechte des Käufers). Die altdeutsche Anefangsklage hatte ihren Namen zunächst von dem rechtsförmlichen Anfassen der Kaufsache seitens des Dritten; dann aber schliesst der Anefang stets die an den Käufer als Besitzer der angeschlagenen Sache gerichtete Frage in sich: von wem hast Du die Sache? (Brunner, Rechtsgeschichte, Bd. II. § 118, S. 499.)

[3] Rabel, a. a. O., S. 20 ff., 23 ff.

[4] Rabel, a. a. O., S. 22. Anders konstruieren die Basis der *actio auctoritatis* Huschke, Eck, Ihering, Bechmann. Gegen die Ansicht von Bechmann (Der Kauf, Bd. I., S. 101), welcher seinerseits die Ansichten der Erstgenannten ablehnt (a. a. O., S. 97 f., 122 f., 124 f.), äussert sich Rabel, a. a. O., S. 8, Note 4 unter Bezugnahme auf Girard. Auch Lenel erblickt im Gesetze den Rechtsgrund der mit der *actio auctoritatis* geltend gemachten Verpflichtung zum gerichtlichen Beistande (Lenel, *edictum perpet.* § 290, Ziff. 1, S. 424). Die Rechtsordnung verpflichtete den Verkäufer zur Defension.

seinen *auctor*, das Verlangen zu stellen, sich zu seiner Gewährspflicht zu bekennen und die Defension des Käufers zu übernehmen. Wie der Verkäufer dem obschwebenden Prozess beitrat und welches seine Stellung im Prozesse war, ist noch nicht aufgeklärt.[1]

2. Die Nichterfüllung der Defensionspflicht durch den Verkäufer wurde ursprünglich als Delikt unter Supposition bösen Willens geahndet. Daher wurde der Verkäufer, wenn er nicht vor dem Richter erschien, oder wenn er ausdrücklich seinen Beistand verweigerte oder ihn ohne Erfolg eintreten liess und der Käufer die *actio auctoritatis*[2] erhoben hatte, verurteilt nicht nur zur Herauszahlung des Kaufpreises, sondern zur Strafe auf Bezahlung des doppelten Preises. Als Betrag des Kaufpreises wurde die Menge des in der *mancipatio* zugewogenen Metalles angesetzt, später, als nach der Einführung gemünzten Geldes (durch die Decemvirn) der Kaufpreis ausserhalb der Manzipation bezahlt wurde, der Betrag des *in mancipio* erklärten Preises.[3] Später bildete die Zubilligung des *duplum* auch eine Entschädigung[4] für den Käufer.

3. Die *actio auctoritatis* konnte gegen den Verkäufer erhoben werden, auch wenn er weder *in dolo* noch *in culpa* war. Die Schutzpflicht des Verkäufers erlosch, wenn ein Angriff auf den Käufer durch einen Dritten nicht mehr möglich war,[5] also z. B. mit der Ersitzung des Kaufobjektes durch den Käufer. War sie durch die Einleitung des Prozesses zwischen dem Dritten und dem Käufer einmal be-

---

[1] Keller-Wach, römischer Zivilprozess, 6. Ausgabe, § 58, Anm. 682 (S. 292). Leipzig 1883.

[2] Bechmann, Kauf, Bd. I., S. 116.

[3] Bechmann, a. a. O., S. 92, S. 187 ff.

[4] Ihering, Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 16, S. 302, zu Note 1. Der Käufer erhielt den Kaufpreis *in duplo* ohne Erhöhung für eine Wertvermehrung der Kaufsache, z. B. infolge Verbesserung, Zuwachs (l. 64 D. h. t. 21, 2 in der durch Lenel, Palingen. I., S. 823 unten, hergestellten ursprünglichen Fassung), aber auch ohne Abzug für etwaige Wertverminderungen (z. B. durch Verschlechterung) der Kaufsache.

[5] Rabel, a. a. O., S. 26.

gründet, so konnte nur die Besiegung des Drittgegners den Verkäufer befreien.

Die Haftung aus der *actio auctoritatis* wurde vermieden durch *mancipatio nummo uno*: die Parteien nannten in der *mancipatio* einen Sesterz ($2^1/_2$ Pfennig) als Kaufpreis, die *actio auctoritatis* ging auf Defension und *duplum*-Condemnation, auf Verurteilung in zwei Sesterzen, d. h. in nichts.

II. Als sich die Verpflichtungsform der *stipulatio* ausbildete, wurde es möglich, den Verkäufer durch eine Stipulation zur Defension zu verpflichten. Dies geschah in der *repromissio secundum mancipium* und wahrscheinlich in einer *stipulatio auctoritatis*. Die Defensionspflicht selbst verschwand mit der Änderung der Beweisordnung und der Entwicklung des Handelsverkehrs.[1] An ihre Stelle trat die Pflicht zur Erhaltung des Habens bezw. zum Ersatz für ein mangels Befugnis eintretendes Nichthaben des Kaufobjekts; sie entstand erst bei Eviktion als eine Eviktionshaftung. Sie ist noch innig verwandt mit der Defensionshaftung. Sie wurde begründet durch eine Eviktionsstipulation: die *stipulatio habere licere*, später auch die *stipulatio duplae (simplae, triplae* u. s. f.).

1. Aus der *mancipatio* erwuchs dem Käufer eine eventuelle Forderung zunächst auf die Defension, sekundär auf das *duplum*. Diese Forderung pflegte man später durch Bürgen und Pfänder von dem Verkäufer sichern zu lassen. Die Verbürgung (in älterer Zeit nur durch *sponsores* und später *fidepromissores*) bedurfte, weil *sponsio* und *fidepromissio* nur Verbalobligationen dienen konnten, einer die zu verbürgende Forderung formulierenden *stipulatio*. Daher wurde die Forderung auf Defension und *duplum* durch eine *stipulatio*, die **repromissio secundum mancipium**[2] noviert. Die eventuelle Haftung des Verkäufers wurde aber durch diese *stipulatio* noch nicht geschaffen, sondern nur als schon begründet durch die *mancipatio* reproduziert zur Ermöglichung der *satisdatio (secundum mancipium)* an den

[1] Rabel, a. a. O., S. 29.
[2] Bechmann, a. a. O., S. 369.

Käufer. — Fand eine *mancipatio* nicht statt, so kam es nicht zur Haftung auf Defension, *auctoritas*. Die Verpflichtungsform der *stipulatio* hätte jene Auktorierungsverbindlichkeit, sei es ohne, sei es neben *mancipatio*, begründen können durch die **stipulatio auctoritatis,** einen Verbalkontrakt, welcher die *auctoritas* versprach. Es ist sehr wahrscheinlich, dass eine derartige *stipulatio* in Übung war; erwiesen ist es allerdings noch nicht.

2. In den uns erhaltenen Stipulationsformularen findet sich eine Defensionspflicht nicht mehr, vielmehr das Versprechen des *habere licere* oder einer Geldsumme für *habere non licere* durch Eviktion. Demnach ist die Defension in Wegfall gekommen, wie schon oben (S. 18) erwähnt wurde. Sie hatte schliesslich allein der Erhaltung der Kaufsache für den Käufer gedient. Sie weiterzubilden von der Pflicht, das Mittel (Defension) zum Zweck (Erhaltung) anzuwenden, zu der Pflicht, den Zweck zu erreichen, sei es auf welche Art immer, war auch logisch gegeben und entsprach der langsamen, aber folgerichtigen und sicheren Progression der römischen Rechtsbildung. So erweiterte sich die Defensionshaftung zur Haftung für *habere licere*. Auch diese war eine Schutzhaftung. Der Verkäufer hatte den Zustand zu gewähren, der bestände, wenn der Verkäufer in jedem Prozesse des Käufers um das Kaufobjekt jenem zum Siege verhülfe.[2] In der **stipulatio habere licere** versprach der Verkäufer dem Käufer das **habere licere,** d. h. dem Käufer das sachliche Haben *(habere)* des Kaufobjektes zu erhalten durch Unterlassung eigener (vom Verkäufer, direkt oder indirekt, oder von Rechtsnachfolgern ausgehender) Störung[3] und Beseitigung[4] etwaiger fremder Angriffe. Die Verpflichtung, das *habere* des Käufers zu dulden,[5] bestand vom Abschlusse

---

[1] Rabel, a. a. O., S. 28, Note 2.

[2] Rabel, a. a. O., S. 32.

[3] Rabel, a. a. O., S. 34.

[4] Rabel, a. a. O., S. 33.

[5] Sie konnte auch für sich allein durch eine „minder wirkende" Stipulation begründet werden. Rabel, a. a. O., S. 34.

der Stipulation an; sie war verletzt, sobald der Verkäufer (oder sein Rechtsnachfolger) ihr zuwiderhandelte. Die Verpflichtung zur Abwehr Dritter entstand erst mit dem Angriffe des Dritten, war somit bedingt durch die Erhebung eines Drittanspruches auf das Kaufobjekt. Sie erwies sich als verletzt, wenn das Haben des Kaufobjektes dem Käufer nicht aufrecht erhalten war: wenn dieser das Kaufobjekt dem Dritten auf Grund seiner Klage hatte herausgeben müssen, weil der Verkäufer nicht zu Hilfe gekommen war. Erfolgte so die Herausgabe, so sprach man von der Eviktion des Kaufobjektes. Erst diese Eviktion liess aus der Stipulation die *actio ex stipulatu* gegen den Verkäufer erstehen.

3. Die Eviktionsstipulation[1] konnte der *mancipatio* beigefügt werden, um einen Haftungsgrund zu bilden für den Fall, dass die Haftung des Verkäufers aus der *mancipatio* aus irgendwelchen Gründen versagen sollte. Vornehmlich aber kam sie bei Kaufgeschäften über *res nec mancipi*[2] auf, überhaupt bei Kaufgeschäften ohne *mancipatio*.[3] Die *actio ex stipulatu* begründete, wie die *actio auctoritatis*, eine Haftung des Verkäufers ohne Rücksicht auf subjektives Verschulden desselben. Andererseits erhielt der Käufer durch die *actio ex stipulatu* nur für eine Eviktion Ersatz. Doch dies wurde anderweit ausgeglichen: die Ersitzung verschaffte in ein bis zwei Jahren originär das fehlende Recht auch bei *mala fides superveniens*. Rechte Dritter erloschen durch Nichtgebrauch und *usucapio libertatis*. Die *actio Publiciana* schützte den Käufer gegen den schlechter berechtigten Dritten, ohne den Nachweis des Rechtserwerbes

---

[1] Über die späteren Formen derselben, *stipulatio duplae, simplae* usw., siehe unten S. 22 ff.

[2] Manzipationsfähig waren Sklaven, häusliche Zug- und Lasttiere, *fundus Italicus* und Rustikalservituten; jede andere Sache war *res nec mancipii*.

[3] Der Kauf konnte z. B. dann nicht *mancipio* abgeschlossen werden, wenn der Käufer oder der Verkäufer oder beide nicht *civis Romanus* waren. Handkauf und Kreditkauf liessen keine *actio auctoritatis* entstehen.

vom Vormanne her zu erfordern. Die *exceptio rei venditae et traditae* befugte den Käufer, jeglichen Anspruch des Verkäufers auf die Kaufsache, z. B. aus nachträglich erlangtem Eigentum, peremptorisch zurückzuweisen. Der Käufer hatte, wenn und solange er gutgläubiger Besitzer der gekauften Sache war, das Recht zur Perception und zum Verbrauch der Früchte der Sache. Gegen Besitzesstörung und -entziehung sicherten den Käufer die Interdikte der Magistrate. Die fehlende Naturalexekution des Drittberechtigten gegen den Käufer[1] liess diesen minder schutzbedürftig erscheinen.

4. Das Duldungsversprechen der *stipulatio habere licere* sicherte dem Käufer zu, dass sein Haben weder durch den Verkäufer noch durch dessen Erben oder Singularsuccessoren gestört werden sollte.[2] Diese beschränkte Form des *habere licere*-Versprechens enthielt nichts[3] von einer Haftung wegen der Angriffe Dritter.[4] Sie hat sich unabhängig von der Defensionshaftung gebildet. Dagegen ist das Abwehrversprechen der *stipulatio* mit der alten Defensionshaftung nahe verwandt. Wie diese, ist die Schutzpflicht in der Entstehung bedingt durch die Erhebung eines Drittanspruches. Ferner erklärt sich daraus[5] allein, dass die Anschauung, der Verkäufer sei in erster Linie nur zur Defension verpflichtet, fortdauerte, der Rechtssatz,[6] dass der Verkäufer dem Käufer wegen Unterlassung des Schutzes nicht mehr haftete, wenn der Käufer von dem Rechtsstreit mit dem Dritten dem Verkäufer nicht durch Litisdenuntiation Mitteilung machte. — Verletzte der schutzpflichtig gewordene Verkäufer seine Duldungspflicht oder verstiess er gegen

---

[1] Bechmann, Kauf, Bd. II, S. 79.

[2] Rabel, a. a. O., S. 34.

[3] Rabel, a. a. O., S. 46.

[4] Dritter war im Sinne der Eviktionshaftung jeder, der nicht selbst dem Käufer haftete. Dem Käufer hafteten aus dem Duldungsversprechen des Verkäufers dieser selbst, ferner seine Rechtsnachfolger, wie ihr *auctor*, der Verkäufer; daher wurde ihr Angriff gleichgeachtet demjenigen des Verkäufers, nicht demjenigen eines „Dritten".

[5] Rabel, a. a. O., S. 29.

[6] l. 8, l. 20 § 2 *C. de evictionibus* 8, 44; l. 29, § 3 D de leg. III.

seine Beseitigungspflicht, so wurde er auf die Klage des Käufers aus der *stipulatio habere licere* hin zunächst zur Bewirkung des geschuldeten *habere licere* angehalten und hierauf, wenn er dieses nicht leisten wollte oder konnte, zur Bezahlung des nach Analogie der *actio quanti minoris* geminderten[1] Kaufpreises[2] verurteilt.[3] Die *actio ex stipulatu* ging somit auf *condemnatio incerta* ohne einen Strafzusatz, nur noch auf Entschädigung.[4] Auf einen festen Entschädigungsbetrag ging die neuere Form der Eviktionsstipulation, die *stipulatio duplae (simplae, triplae* u. s. f.)

5. In der *stipulatio duplae* versprach der Verkäufer das Doppelte des Kaufpreises für den Fall, *si quis evicerit, quominus emptorem habere liceat.* Hier brachte die Störung des Käufers im *habere* durch Eviktion das Zahlungsversprechen des Verkäufers zur Fälligkeit, wie sie auch die Beseitigungspflicht aus der *stipulatio habere licere* fällig machte. Von dieser unterscheidet sich jenes Versprechen darin,[5] dass der Inhalt der Verpflichtung des Verkäufers nicht mehr die Schutzpflicht war, sondern eine Vertragsstrafeleistung mit der Bedingung, dass das Haben des Kaufobjekts in einer der Nichtleistung des Schutzes entsprechenden Weise durch Eviktion gestört würde. Die Höhe der Ersatzleistung des Verkäufers betrug das Doppelte des Kaufpreises,[6] bisweilen das *triplum, quadruplum*[7] desselben oder mehr. *Duplum* und mehr wurde bei wertvolleren Gegen-

---

[1] Rabel, a. a. O., S. 138.

[2] Als Preisbetrag wurde nicht mehr der *in mancipio* erklärte Preis, sondern der in Wahrheit (ausserhalb der *mancipatio*) gezahlte Kaufpreis berechnet.

[3] Rabel, a. a. O., S. 142.

[4] Wie bei der Manzipationshaftung (s. oben S. 17 Anm. 4), so erhielt der Käufer aus der *stipulatio habere licere* und noch aus der *stipulatio duplae* (l. 64 D. h. t. 21, 2; vgl. Rabel, a. a. O., S. 150 zu Note 3) den (ev. geminderten oder vervielfachten) Kaufpreis ohne Zurechnung einer Werterhöhung, ohne Abzug für Wertverminderungen des Kaufobjekts.

[5] Rabel, a. a. O., S. 73.

[6] Siehe oben Note 34.

[7] l. 56 *pr. D. de evict. et dupl. stip.* 21, 2; l. 5 *pr. D. de jure fisci* 49, 14.

ständen versprochen, sonst nur das *simplum* des Kaufpreises (in der *stipulatio simplae*).

6. Die *stipulatio duplae, simplae* (*triplae* u. s. f.) und in bezug auf die Pflicht zur Abwehr Dritter auch die *stipulatio habere licere* setzten zu ihrem Verfalle den Vollzug der Eviktion voraus, nicht nur den Prozesssieg eines Dritten, sondern die Erlangung eines Kaufobjektes durch ihn auf Grund seines Prozesssieges (*e = vincere, id est vincere abducere auferre).* Eine Eviktion war erfolgt, wenn dem Käufer oder seinem Rechtsnachfolger das sachliche Haben des Kaufgegenstandes entzogen worden war infolge eines Prozesses, in welchem ein Dritter durch besseres Recht über den wegen einer mangelhaften Rechtsverschaffung durch den Verkäufer schlechter berechtigten Käufer oder den Rechtsnachfolger desselben nach fruchtlos ergangener Streitverkündung des Käufers resp. dessen Rechtsnachfolger an den Verkäufer obgesiegt hatte.[1]

a) Die Kaufsache musste im Prozessweg evinziert sein; war sie durch Herausgabe gemäss Kompromiss (Schiedsvertrag[2]) oder freiwillige Herausgabe[3] an den Dritten gelangt, so war sie nicht evinziert.

b) Das Kaufobjekt musste aus dem Vermögen des Käufers herausgekommen sein oder der Käufer die Gefahr dieses Verlustes durch die Erlegung der *litis aestimatio* abgewendet haben.[4] Der Erlass des den Kaufgegenstand dem Dritten zusprechenden Urteils allein genügte nicht: unterblieb sein Vollzug, z. B. infolge des Unterganges der Kaufsache nach Urteilserlass oder wenn, bevor die Kaufsache aus dem Vermögen des Käufers herausgekommen

---

[1] Das Folgende skizziert die Lehre der Eviktion nur insoweit, als es zum Verständnis der Haftung des Verkäufers aus der Eviktionsstipulation erforderlich erscheint. Später (unten III. 3) wird diese Darstellung zu vervollständigen sein. Sie gibt nur die Grundzüge der Eviktionslehre; über die Einzelheiten derselben vgl. K. O. Müller, Eviktion; Windscheid-Kipp, Pandekten Bd. II. § 391, II., S. 626 bis S. 637.

[2] l. 56 § 1 D. h. t. 21, 2.

[3] l. 17 C. h. t. 8, 44.

[4] l. 4 pr. D. de a. e. v. 19, 1; l. 16 § 1, l. 29 pr. D. h. t. 21, 2.

war, der Dritte (Sieger im Eviktionsprozess) ohne Erben verstarb oder die Kaufsache dem Käufer schenkte oder als *legatum* nach *jus civile* vermachte, so war nicht evinziert.[1]

c) Für die Herausgabe des Kaufgegenstandes oder seines Wertes musste der Prozess des Dritten causal gewesen sein: der Dritte musste gesiegt haben vermöge eines Rechtes in bezug auf den Kaufgegenstand, welches zur Entziehung tatsächlicher Herrschaft über das Kaufobjekt zu führen geeignet war, wie Eigentum, publicianisches Recht, ein Wohnungsrecht, Teilungsansprüche. Führte das Recht des Dritten nicht zur Entziehung der Kaufsache, so haftete der Verkäufer nicht, daher nicht wegen Dienstbarkeiten von der Art, dass durch sie dem Käufer der Besitz der Kaufsache nicht entzogen wurde.[2]

d) In dem Prozess mit dem Dritten musste der Käufer dem Verkäufer den Streit verkündet haben; anderenfalls haftete der Verkäufer nicht wegen Eviktion.[3]

e) Das Recht des Dritten musste zur Zeit des Kaufabschlusses schon, wenigstens im Keime, bestanden haben;[4]

---

[1] l. 57 D. h. t. 21, 2.

[2] Er haftete für sie bei dolosem Verschweigen oder bei ausdrücklicher Zusicherung der Freiheit des Grundstücks. Dienstbarkeiten, kraft deren dem Käufer der Besitz der Sache entzogen worden ist, konnten die Eviktionshaftung begründen, insbesondere ein Niessbrauch, weil dieser den Besitz der Kaufsache entzieht (l. 49 D. h. t. 21, 2; l. 66 pr. D. de c. e. 18, 1).

[3] l. 8, l. 20 § 2 C. h. t. 8, 44; l. 29 § 3 D. de leg. III. Der Verkäufer hatte ein Recht auf Streitverkündung. Sie hatte rechtzeitig zu erfolgen, d. h. in einem Stadium des Prozesses, in welchem noch die volle Verteidigung möglich war (l. 29 § 2 D. *de evict. et dupl. stip.* 21, 2). Sie geschah aussergerichtlich. Sie brauchte nicht zu erfolgen, wenn der Verkäufer auf sein Recht verzichtet hatte (l. 63 pr. D. h. t. 21, 2), wenn er weit entfernt oder sein Aufenthalt nicht zu ermitteln war (l. 56 § 6 D. h. t. 21, 2; l. 29 C. h. t. 8, 44), wenn er sich ihr dolos entzog (l. 56 § 5 D. h. t. 21, 2).

[4] l. 11 pr. D. h. t. 21, 2; nicht entschied der Zeitpunkt der Sachübergabe, wie Dernburg, Pandekten, Band II, § 99, 1 c. meint, trotz der von ihm selbst wiedergegebenen Stelle, in der vielmehr Paulus respondiert: *futuros casus evictionis* **post contractam emptionem** *ad venditorem* **non** *pertinere.*

war es erst später entstanden, so haftete der Verkäufer wegen Eviktion nur, wenn ihn ein Verschulden traf. In der Regel aber haftete der Verkäufer wegen Eviktion, auch wenn ihn kein Verschulden traf, z. B. wenn er die pflichtmässige Sorgfalt angewandt hatte, um den fraglichen Rechtsmangel zu beseitigen.

f) Das durch Eviktion eintretende Nichthaben des Kaufobjekts musste verursacht sein durch den Mangel der Befugnis zum Haben, durch mangelhafte Rechtsverschaffung an den Käufer seitens des Verkäufers. Der Verkäufer haftete daher nicht, wenn das *habere non licere* auf einem Verschulden des Käufers, wenn auch nur als Mitursache neben dem Rechtsmangel[1], beruhte, so z. B. nicht, wenn der Käufer die ihm mögliche Ersitzung nicht vollendete.[2]

g) Fiel der etwa bestehende Drittanspruch weg, so haftete der Verkäufer nicht mehr[3], *(quoniam evinci emptori non potest)*; daher trug der Käufer auch die Gefahr des Sachunterganges[4], der Verschlechterung des Kaufobjektes und des juristischen Verlustes desselben aus allen Gründen, die nicht „Eviktion" waren.

7. Das *habere licere* ist kein Recht[5], kein bestimmter

---

[1] Der Gedanke, dass der Verkäufer nur wegen solcher Angriffe regresspflichtig werde, welche ihren Grund in einem Rechtsmangel haben, trat schon im Gebiete der Manzipationshaftung, wenn auch erst mit dem Verblassen der Defensionspflicht, hervor. Vgl. l. 1 C. *de per. et com. rei vend.* 4, 48.

[2] l. 56 § 3 D. h. t. 21, 2.

[3] So z. B. nicht mehr, wenn der Käufer den dritten Eigentümer beerbte (arg. l. 41 § 1 D. h. t. 21, 2).

[4] Die Haftung des Verkäufers aus der *actio auctoritatis* trat endgültig ein mit dem blossen Beginne des Eviktionsprozesses; diejenige aus der Eviktionsstipulation trat erst ein mit der Vollendung der Eviktion, hörte daher auf, wenn die Kaufsache nach Beginn des Eviktionsprozesses unterging.

[5] Dollinger, Die Haftung des Verkäufers für Mängel im Recht, S. 14 eben. Nach Goez, Die Haftung des Verkäufers für Rechtsmängel, S. 17, hat das *habere licere* im Laufe der Entwicklung den Charakter eines Rechtes als bonitarisches Eigentum erhalten; dies ist unrichtig, vgl. Rabel, a. a. O., S. 129, Note 2.

Zustand.[1] Das *habere licere praestare* in bezug auf Angriffe Dritter war ein *evictione teneri.*[2] Dieses war *in obligatione*[3] bei der *stipulatio habere licere* als Pflicht zur Beseitigung geschehener Eviktion; das *habere non licere* war in *conditione*[4] bei der *stipulatio duplae (simplae* und dergl.). *Habere licere*

---

[1] Das Versprechen des Verkäufers, von sich aus eine Störung des Käufers zu unterlassen, mag *de facto* einen gesicherten Zustand dem Käufer geschaffen haben. In bezug auf Dritte wurde ein solcher Schutzzustand nicht zugesichert.

[2] Der Verkäufer hatte geltend gemachte Angriffe Dritter zu beseitigen, nicht aber dafür zu sorgen, dass erfolgreiche Angriffe von Anfang an unmöglich sind. Seine Beseitigungspflicht setzte geschehene Eviktion voraus. Er hatte nicht den Zustand des Behaltendürfens zu gewähren, sondern er haftete nur auf Wiederherstellung des gestörten Behaltendürfens. Unrichtig Goez, a. a. O., S. 17, Anm. a. E. Unrichtig ist auch seine Ansicht (a. a. O., S. 17 Anm.), die *stipulatio habere licere* habe auch die Pflicht der Besitzeinräumung enthalten. Sie enthielt nur ein Duldungs- bezw. ein Beseitigungsversprechen.

[3] Ungenau Dollinger, a. a. O., S. 13 oben und S. 9, dass das *habere licere* nie *in obligatione* gewesen sei. Das Versprechen des *habere licere* sicherte die Erhaltung sachlichen Habens zu. Die Erhaltungspflicht trat erst mit erfolgter Eviktion ein, war somit eine Haftung auf Grund der Eviktion. Dollinger, a. a. O., S. 9, nennt das *habere licere* die positive Reflexwirkung der Verpflichtung des Verkäufers zur Ersatzleistung, die Fürsorge für *habere licere* einen Gegenstand indirekten Zwanges. Wohl war der drohende Verfall der *stipulatio* ein Mittel, den Verkäufer zur Verteidigung des Käufers im Eviktionsprozess oder zur Verhütung der Eviktion anzutreiben. Aber nach erfolgter Eviktion war er verpflichtet, die Eviktion rückgängig zu machen, den Drittangriff zu beseitigen. Diese Tätigkeit zur Herbeiführung des *habere licere* war nicht mehr eine blosse Reflexwirkung, sondern die Folge eigener Zusage, eine Einwirkung geschehener Eviktion, aber Inhalt einer durch den Eintritt der Eviktion existent gewordenen Obligation.

[4] *In conditione* war zunächst der Eintritt der Eviktion. Aber die Bedingung *si quis evicerit* hatte den Zusatz *quominus habere possidereque recte liceat,* enthielt also die Eviktion mit der Folge des *habere non licere,* dieses in der Bedeutung: mangels Befugnis eintretendes Nichthaben. Der Verkäufer haftete wegen Eviktion und damit wegen *habere non licere.* Er haftete, wenn *habere non licere* durch Eviktion eingetreten war. So war auch das *habere non licere* in der *conditio.* Ungenau Dollinger, a. a. O., S. 13 oben, dass das *habere licere* (oder *non licere*) nicht *in conditione* sei.

bedeutet ein Habendürfen des Käufers durch das Verhalten des Verkäufers (Schutz, Duldung), eine Reflexwirkung für den Käufer (er darf das Kaufobjekt „haben" gegenüber dem Verkäufer und Dritten) aus dem Verhalten des Verkäufers.

8. Das Eviktionssystem erwies sich schon in Rom als unangemessen. Es mutete dem Käufer zu, stets auf die tatsächliche gerichtliche Besitzentziehung zu warten, ehe er gegen den Verkäufer vorgehen konnte. Dieser Zustand war erträglich, solange die oben (S. 20 f.) erwähnten Tatsachen ihn nicht anstössig erscheinen liessen. Aber als die Haftung des mit der Eigentumsklage Belangten seit der Zeit Hadrians hinsichtlich der Fruchterstattung und der Culpahaftung sich strenger gestaltete und die *mala fides superveniens* bei den klassischen Juristen (abweichend Julian in l. 25 § 2 D. *de usuris et fruct.* 22,1) sowohl in bezug auf Früchte als bezüglich der *culpa* und Impensen den Besitzer mit schweren Folgen belastete, ferner weil die kürzeren Usukapionsfristen nur für den Erwerb *ex jure Quiritium* galten, also für sämtliche Provinzialgrundstücke unanwendbar blieben, endlich weil die Dolushaftung, welche jeden Verkäufer traf, sich vergrösserte und so dem Käufer den Weiterverkauf des Kaufobjektes beschwerte, so machte sich die letzte klassische Jurisprudenz von dem Prinzip der Eviktionshaftung immer freier, um den Anforderungen der *bona fides* zu genügen.

III. Schon frühe[1] wurde der Kauf auch als formloser Konsensualkontrakt klagbar. *Ex contractu* hatte nun der Käufer gegen den Verkäufer die *actio empti* auf Tradition einerseits, auf Abschluss einer Eviktionsstipulation andererseits. Die klassischen Juristen gaben in der *actio empti* direkt den Regressanspruch gegen den Verkäufer, gestalteten sie freier gegenüber der Stipulation und emanzipierten sich nach den Umständen des Einzelfalles von dem Prinzip der Eviktionshaftung.

1. Die *actio empti* hatte anfänglich zwei getrennte[2]

[1] Bechmann, a. a. O. S., 469 ff.
[2] Rabel, a. a. O., S. 89.

Ziele: Tradition des Kaufobjekts und Abschluss der Eviktionsstipulation. Jene, das *praestare rem*, hatte nichts[1] mit *habere licere* zu tun. Der Verkäufer musste tradieren oder, wenn die Voraussetzungen der Manzipation vorlagen, diese vornehmen.[2] Er musste ferner fehlerfreien Besitz[3] verschaffen. Dies war anderes als die Haftung wegen Rechtsmangels; denn es konnte durch den Käufer verlangt werden, auch wenn er volles Eigentum erhalten hatte.[4] War fehlerhafter Besitz verschafft, so war lediglich die Traditionspflicht nicht erfüllt worden. — Die Ädilen zwangen[5] die Sklavenhändler, welche wohl in zweifelhaftem Rufe standen, im Interesse ihrer Käufer zur Eingehung einer Stipulation, welche mit der Haftung für körperliche Fehler die auf das *duplum* gerichtete Eviktionsgarantie verband und von dieser ebenfalls die Bezeichnung *stipulatio duplae* erhielt. Dieses Marktrecht wurde von der Rechtsprechung des Prätors rezipiert[6], indem dieser dem Käufer gegen den Verkäufer die *actio ex empto* zur Erzwingung der Eviktionsstipulation[7] gab. Wenn dann der Verkäufer sein Eviktionsversprechen abgegeben hatte, haftete er in der oben (S. 20 ff.) erwähnten Art der *actio ex stipulatu* des Käufers. Später wurde die Abgabe des Stipulationsversprechens, wenn sie trotz des Verlangens des Käufers und trotz prätorischer Nötigung unterblieb, sofern nicht Vereinbarung oder Ortssitte ent-

---

[1] Unrichtig Goez, a. a. O., S. 17.

[2] Eck, Verpflichtung des Verkäufers, S. 25.

[3] Juristischen Besitz (l. 11 § 13 D. de a. e. v. 19, 1).

[4] Rabel, a. a. O., S. 90.

[5] Vgl. Bechmann, Kauf, Bd. I., S. 666, 664.

[6] Anfänglich konnte der Käufer nur so die Abgabe des Stipulationsversprechens durch den Verkäufer erzielen, dass er den Abschluss des Kaufvertrages von der vorgängigen Abgabe dieses Versprechens abhängig machte. Das oben erwähnte Marktrecht erwies sich für die Verkehrssicherheit als so vorteilhaft, dass der Prätor es auch bei Verkäufen an anderen Orten als auf dem Markte und über andere Objekte, als über Sklaven und Spannvieh, einführte. Vergl. Wlassak, Zur Geschichte der *negotiorum gestio*, S. 168 f.

[7] Auf Abschluss der Stipulation bei dem Abschluss des Kaufvertrages oder, falls hier versäumt, auf nachträglichen Abschluss.

gegenstanden,[1] als geschehen fingiert, wie es auch bei der *stipulatio* für ädilicische Mängel geschah, und der *judex* verurteilte nach geschehener Eviktion den Verkäufer, wie wenn die geschuldete Stipulation geschlossen worden wäre.[2] Endlich wurde die *actio empti* direkt zur Regressklage gegen den Verkäufer.

2. Der Verkäufer haftete *ex empto* wegen Eviktion, wie *ex stipulatu:* die Haftung erweiterte sich aber nach Art und Höhe.

a) Wenn der Eviktionsprozess aussichtslos schien, war es nicht notwendig, *judicio evictum esse.*[3]

b) Es war nicht nötig, den dritten Eigentümer mit der *litis aestimatio* im Laufe des Eviktionsprozesses abzufinden; um den Verkäufer ersatzpflichtig zu machen, genügte es, wenn der Käufer das Eigentum der Kaufsache von dem Dritten her an sich brachte und nicht aus dem Kaufe. Celsus begründet diesen Standpunkt[4] damit, dass es der *bona fides* nicht entspreche, dass der Käufer erfülle, während der Verkäufer frei werde ohne sein Zutun, aber auch damit, dass der Verkäufer dem Käufer dafür hafte, dass dieser aus dem Kaufe, nicht *ex alia causa* das Kaufobjekt habe.[5] So wurde das *habere ex alia causa* dem *habere non licere* gleichgestellt; der Verkäufer haftete, wie für *habere licere,* dafür, dass der Käufer aus dem Kaufe das Kaufobjekt hatte. Daher haftete der Verkäufer auch dann auf

---

[1] Der Anspruch auf das Stipulationsversprechen konnte durch Vereinbarung oder durch die Ortssitte ausgeschlossen oder modifiziert werden. l. 6. D. h. t. 21, 2. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 8, S. 252 f.

[2] Rabel, a. a. O., S. 75 f., S. 144 f.

[3] l. 24 D. h. t. 21, 2.

[4] l. 29 pr. D. h. t. 21, 2.

[5] Nach Rabel, a. a. O, S. 78, war der Verkäufer verpflichtet, „das Haben aus dem Kaufe zu gewähren". Doch Celsus statuierte nicht die Pflicht zum Verschaffen von *habere* als Vorläufer etwa zur Rechtsverschaffungspflicht (*habere* als ein Quantum rechtlicher Position), sondern nach ihm sollte der Verkäufer *habere licere* leisten, dieses aber nicht geleistet sein, wenn der Käufer sein *habére ex alia causa* bekam.

Ersatz, wenn der Käufer das Kaufobjekt lukrativ von Dritten erwarb.[1] Anderweitiger Erwerb des Kaufgegenstandes durch den Käufer wurde der Eviktion gleichgestellt.

c) Wenn der Käufer, obschon vollständig gerüstet, doch im Eviktionsprozess besiegt ist und besiegt werden musste,[2] so schadete ihm das Unterlassen der Streitverkündung an den Verkäufer nicht; dieser blieb ersatzpflichtig.

d) Der Verkäufer haftete wegen Eviktion, auch wenn ihn kein Verschulden traf, ja selbst wenn er in unüberwindlichem Irrtum sich befand.[3]

e) Die *actio empti* machte den Verkäufer für Eviktion ersatzpflichtig da, wo ihn die Eviktionsstipulation, weil sie als *negotium stricti juris* nach dem Wortlaut zu interpretieren war, nicht haftbar machte, so bei der Eviktion von Teilen des Kaufobjektes, wenn die *stipulatio* keine *partis adjectio* hatte,[4] von Früchten und Akzessionen desselben.

f) Die Höhe der Haftung des Verkäufers. Nach dem Rechte der älteren Zeit ging die *actio empti* auf den einmaligen bezw. doppelten Betrag des Kaufpreises, weil dieser gemäss der fingierten *stipulatio*[5] nach *jus strictum* geschuldet war.[6] Innerhalb der überlieferten Haftungsgrenzen, das Doppelte des Kaufpreises als Höchstbetrag, das Einfache desselben als Mindestbetrag des Ersatzes, bildet sich dann allmählich eine verfeinerte Auffassung des Schadensersatzes heraus, vor allem dahin, dass neben dem einmaligen bezw. doppelten Betrage des Kaufpreises auf einen dem einzelnen

---

[1] l. 9 i. f., l. 41 § 1 D. h. t. 21, 2.

[2] Bekker, Jahrbuch, Band 6, S. 300.

[3] Hartmann, Obligation, S. 201 f.

[4] Vgl. Goez, a. a. O., S. 9 unten, S. 10 oben. Über die Eviktion von Teilsachen einer zusammengesetzten Kaufsache, vgl. Goez, a. a. O., S. 49.

[5] Ob eine *stipulatio simplae* oder *duplae* (oder auf mehr) abzuschliessen war und unterlegt wurde, hing von lokalen Gewohnheiten, in Rom von dem Werte des Kaufobjekts ab (Voigt, Rechtsgeschichte, Bd. 2, S. 923, Note 12). Das Verhältnis des *duplum* zum *simplum* ist für die Anfänge der *actio empti* nicht aufgeklärt.

[6] Rabel, a. a. O., S. 143 unten.

Falle angemessenen Zuschlag[1] zu jenem erkannt wurde, je nachdem das Interesse des Käufers den Kaufpreis überstieg. Der Eviktionsanspruch *ex empto* ging nun auf Schadensersatz an den Käufer, kombiniert aus dem Kaufpreise und dem positiven[2] Interesse des Käufers daran, dass die Eviktion nicht geschehen wäre; erst[3] seit Papinian wurden von dem Preisbetrage etwaige Deteriorationen[4] des Kaufobjekts in Abzug gebracht. Für die Berechnung des zu ersetzenden Betrages war der Zeitpunkt der Eviktion, der Entziehung des Kaufobjekts massgebend.

Wie der Betrag des Kaufpreises für die ursprüngliche, rohe und für die entwickeltere Schadensberechnung der Massstab gewesen war, wenn das ganze Kaufobjekt evinziert worden war, so bildete es die Grundlage für die Berechnung des Schadens bei der Partialeviktion.[5] Die Entschädigung für Teilentwehrung wurde ermittelt aus der Proportion, dass sie sich zu dem Kaufpreise verhalte wie der evinzierte Teil zu dem Ganzen des Kaufobjektes. Teil und Ganzes desselben wurden nach der Masseinheit berechnet, falls die Kaufsache nach Masseinheiten (z. B. 15 *jugera* zu je 100 Sesterzen)

---

[1] Rabel, a. a. O., S. 146 oben und S. 149 ff.

[2] Bei der Haftung des Verkäufers wegen *dolus* (vgl. unten 3, e.) konnte der Käufer auch negatives Interesse ersetzt verlangen (l. 21 pr. D. h. t. 21, 2).

[3] l. 66 § 3, l. 70 D. h. t. 21, 2; l. 45 pr. D. de a. e. v. 19, 1.

[4] Z. B. an Gegenständen des Hausgebrauches nach dem Kaufe, ebenso an Grundstücken, Sklaven. Dass diese Änderung bisherigen Rechts (vgl. oben S. 17, Anm. 4 und S. 22, Anm. 4) erst jetzt eintrat, wo das Eviktionsprinzip durch Ausnahmen *e fide bona* durchbrochen wurde, während sie selbst eine Folge des Eviktionssystems war (Haftung erst seit Eviktion, nicht schon seit Kaufabschluss, daher inzwischen eintretende Wertänderungen am Kaufobjekt als Verbesserungen erhöht haftbar, als Verschlechterungen gemindert haftbar machend), erklärt sich daraus, dass die Rückgabe des Kaufpreises Schadensersatz für Rechtsmängel (Eviktion) war, Verschlechterungen des Kaufobjektes aber auf dem deteriorierenden Ereignis, nicht auf einem Rechtsmangel (Eviktion) beruhten, keinen Rechtsmängelschaden darstellten und so auch nicht zu ersetzen waren (durch Kürzung des herauszugebenden Kaufpreises um den Betrag ihres Wertes).

[5] Rabel, a. a. O., S. 160 ff.

verkauft worden war, anderenfalls nach der *bonitas*[1] der Kaufsache zur Zeit des Kaufabschlusses. War der Wert der Kaufsache nach dem Abschlusse des Kaufvertrages durch Verbesserungen u. dgl. gestiegen, so wurde von den Juristen der späteren Zeit, jedoch nur bei der Haftung[2] aus der *actio empti.* der zu ersetzende Betrag berechnet nach der Proportion

$$x : P + v = e : G,$$

Ersatz (x) zu dem Kaufpreise (P) mit dem Werte der Werterhöhung (v) gleich Wert des evinzierten Teils (e) zu dem Werte der ganzen Kaufsache (G), die Werte von v, von e und von G bemessen nach der Zeit des Eintritts der Wertvermehrung.[3] Entsprechend gestaltete sich die Berechnung des Ersatzes, falls die Kaufsache nach dem Kaufe Wertverminderungen erfahren hatte.

Auch die Eviktionsstipulation wurde bisweilen auf Interesseersatz[4] abgeschlossen. Hier war für die Berechnung desselben der Zeitpunkt der Versprechensabgabe des Promittenten massgebend, welcher in der Regel mit dem Zeitpunkte des Kaufvertragabschlusses zusammenfiel.

3. An dem bisher gezeichneten Bilde der Eviktionshaftung sind noch einige Züge nachzutragen.

a) Ersatzpflichtig war dem Käufer sein unmittelbarer Vormann, von dem er den evinzierten Gegenstand gekauft hatte, und dessen Erben, nicht auch derjenige, durch den der fragliche Gegenstand an den Verkäufer verkauft worden war. Gegen ihn hatte der spätere Verkäufer ein Rückgriffsrecht wegen der Eviktion seines Nachmannes, des Käufers; der Verkäufer musste diesen Regressanspruch seinem Abkäufer zedieren, welcher nun *e jure cesso* auch gegen den ersten Verkäufer vorgehen konnte. Wurde ein Pfand verkauft und evinziert, so haftete dem Käufer wegen der

---

[1] War eine *pars pro indiviso* evinziert worden, so war massgebend die Quantität (l. 1 D. h. t. 21, 2).

[2] Nur bei ihr wurden Wertverbesserungen ersetzt. Vgl. oben Seite 17, Anm. 4 und Seite 22, Anm. 4.

[3] l. 15 pr. D. h. t. 21, 2.

[4] l. 102, l. 38 § 2 D. de v. o. 45, 1.

Eviktion der Verpfänder,[1] der verkaufende Pfandgläubiger nur bei *dolus* und eigener Zusage;[2] gegen letzteren steht dem Pfandkäufer die *exceptio rei venditae et traditae* zu (l. 10 *D de distract. pign. et hyp.* 20, 5).

b) Der Verkäufer durfte den Kaufpreis einfordern, solange nicht evinziert war. Mit der Ausbildung des Rechtssatzes, dass der Käufer im allgemeinen seine Leistung so lange zurückhalten darf, als der Verkäufer nicht erfüllt hat, erhielt der Käufer dieses Zurückhaltungsrecht als *exceptio non adimpleti contractus*[3] auch bei *dominii quaestione mota:* er durfte den noch nicht bezahlten Kaufpreis zurückhalten, sobald in bezug auf die Kaufsache ein Prozess schwebte, der zur Eviktion führen konnte. Die Zurückhaltungsbefugnis erlosch, wenn der Verkäufer taugliche Bürgen für die drohende Eviktion stellte.

c) Der Eviktionsanspruch entstand nicht:

α) wenn der Käufer das bessere Recht des Evinzenten bei dem Abschlusse des Kaufvertrages kannte.[4] Er entstand auch hier, wenn die Stipulation sich auf diesen Fall bezog oder ein bezügliches *pactum* dem Kaufkontrakt bei dessen Abschluss beigefügt worden war (l. 7 *C comm. utr. jud.* 3, 38). Das Kennenmüssen stand der Kenntnis nicht gleich, schadete also dem Käufer so wenig wie die Kenntnis des fremden Rechtes zur Zeit der Sachübergabe;

β) wenn zum Zwecke des Spielens eine Sache verkauft worden war;[5]

---

[1] Auf Erstattung des gezahlten Preises aus ungerechtfertigter Bereicherung, nicht nach Eviktionsrecht. Dernburg, Pandekten, Bd. I. § 282, 1 c.; Windscheid, Pandekten, Bd. I. § 237, Note 22 a, E., vgl. auch im Text daselbst zu Note 22 (S. 1078).

[2] l. 11 § 16 D. de a. e. v. 19, 1; l. 2 C. *cred ev. non deb.* 8, 45. Seufferts Archiv Bd. 20, num. 118. Ferner haftete der Pfandgläubiger dem Pfandkäufer dafür, dass das Pfand ihm an erster Stelle verpfändet war, sowie dann, wenn er bei dem Verkaufe seine Eigenschaft als Pfandgläubiger nicht zu erkennen gab. (Windscheid, Pandekten, Bd. I. § 237, num. 3, S. 1078.)

[3] Rabel, a. a. O., S. 82 ff.

[4] l. 18, l. 27 C. h. t. 8, 44.

[5] l. 2 § 1 *D. quar. rer. act. non datur* 44, 5.

γ) wenn dem Kaufkontrakt bei seinem Abschluss ein *pactum de non praestanda evictione* hinzugefügt worden war.[1]

d) In der Vertragspraxis[2] wurde die Haftung des Verkäufers noch erweitert. So wurde bisweilen die lastenfreie Übergabe oder die beliebige Freiheit der Veräusserung zugesichert, auch wohl die Novation der Eviktionsstipulation in die *ad dandum* verpflichtende Stipulation.[3]

e) Die *actio empti* gegen den dolosen Verkäufer erweiterte die Rechtsmängelhaftung über die Eviktionshaftung hinaus, jedoch nur als Dolushaftung. Denn sie war eigentlich nur eine verkappte *actio doli*. Sie vertrat die letztere, um die infamierende Wirkung der *actio doli* zu vermeiden.[4]

α) Wer eine Sache verkaufte, von der er wusste, dass sie ihm nicht gehöre oder dass Rechte Dritter an ihr bestehen, haftete dem Käufer auch vor einer Eviktion auf *quanti emptoris interest, rem emptoris esse factam*[5] bezw. auf Ersatz des Interesse an der Freiheit der Kaufsache von Rechten Dritter. Er haftete auch bei solchen Drittrechten, welche sonst der Käufer tragen musste, z. B. wegen Servituten.[6] Er haftete ferner auf den Ersatz von Aufwendungen,[7] welche der Käufer auf die evinzierte Sache gemacht, doch fahrlässigerweise von dem Evinzenten nicht ersetzt verlangt hatte. Verkaufte er eine fremde Sache, so haftete er wegen Rechtsmängel *de dolo* auch nach Untergang der Sache.[8] Ein *pactum de non praestanda evictione* befreite ihn nicht, falls der Käufer den Rechtsmangel bei dem Abschluss des Kaufvertrages nicht kannte.

β) In der erwähnten Art haftete der Verkäufer sowohl, wenn er einen Rechtsmangel arglistig, in Täuschungsabsicht

---

[1] l. 11 § 18 D. de a. e. v. 19, 1.
[2] Rabel, a. a. O., S. 85 f.
[3] Über diese Stipulation vgl. unten III., 6.
[4] Ähnlich l. 1 § 2 i. f. C. de jure dot. 5, 12.
[5] l. 30 § 1 D. de a. e. v. 19, 1.
[6] l. 1 § 1, l. 21 § 1 D. de a. e. v. 19, 1.
[7] l. 45 § 1 D. de a. e. v. 19, 1.
[8] Windscheid, Pandekten, Bd. II., § 390, Note 16.

oder grobfahrlässig verschwiegen, als auch dann, wenn er mangelfreies Recht zugesagt hatte.

f) Der Käufer darf den noch nicht bezahlten Kaufpreis zurückhalten, sobald in bezug auf die Kaufsache ein Prozess schwebt, der zur Eviktion führen kann.[1]

4. Die Vornahme einer Eviktionsstipulation geschah häufig, auch nachdem der Kaufkontrakt durch blossen *consensus* klagbar geworden war. Die Stipulationsklage sicherte den Regress des Käufers energischer als die *actio empti:* sie vereinfachte das *thema probandum,* indem sie durch ihre zahlenmässige Formulierung des Erfüllungsinteresses dem Käufer den schwierigen Nachweis des mit der *actio empti* zu fordernden *quanti interest* ersparte; sie konnte durch Einreden, welche nur aus der *bona fides*-Natur des Kaufgeschäftes entsprangen, nicht entkräftet werden. Als sich die Haftung des Verkäufers wegen Rechtsmängel *ex empto* ausgebildet hatte, trat, so oft die Parteien neben dem Kaufgeschäft eine Eviktionsstipulation vornahmen, neben die Kaufkontraktsverpflichtungen des Verkäufers konkurrierend seine Haftung aus der Stipulation.

5. Die Anerkennung der *bona fides* im Recht war der Grund, die Verpflichtung zur Vornahme der Eviktionsstipulation allgemein[2] zu statuieren. Denn es entspricht der *bona fides,* dass der Verkäufer den ungestörten Besitz des Käufers diesem garantiere. Die *actio empti* aber war eine *actie bonae fidei* nach den Worten ihrer *formula,* dass der Verkäufer dem Käufer zu leisten habe „*quidquid ex fide bona dare facere oportet*". Aus diesen Worten folgerte der Spruchrichter die Eviktionshaftung des Verkäufers. So ruft auch die Eviktionshaftung *ex empto* auf der *bona fides,* ein Fortschritt zur Billigkeit gegenüber der Starrheit der Stipulationsregeln. Im späteren Recht (l. 43, l. 45 § 2 D. de a. e. v. 19, 1 von Paulus um 200 n. Chr.; l. 35 § 4 D.

[1] l. 19 § 1 *D. de per. et comm.* 18, 6; l. 24 pr. C. h. t. 8, 44. Die hier dem Käufer zustehende *exceptio* wird ungenau als *exceptio evictionis imminentis* bezeichnet. Die letztere wurde erst im gemeinen Recht gewohnheitsrechtlich ausgebildet. Vgl. unten § 4, II.

[2] Auch bei Kaufobjekten ohne besonderen Wert.

de c. e. 18, 1 von Gajus um 170 n. Chr.) findet sich endlich der Satz: Die *bona fides* kann im Einzelfall auch das Einstehen für Rechtsverschaffung verlangen, ohne dass es der Eviktion bedürfte. Doch dieser Grundsatz wird nicht direkt ausgesprochen, sondern ist nur der latente Grundgedanke einzelner Entscheidungen. Der Verkäufer als solcher haftete nicht für Rechtsverschaffung.

6. Der Käufer konnte sich *stipulando* von dem Verkäufer das *dare* des Kaufobjektes versprechen lassen. *Dare* bedeutete ursprünglich nichts anderes als Hingeben zu unbeschränktem Haben.[1] Allmählich erhielt *dare* die Bedeutung „übereignen“[2]; die Dareschuld wurde zur Verpflichtung, Eigentum zu übertragen.[3] Damit war der Verkäufer als Dareschuldner zur Verschaffung von Eigentum verpflichtet. Doch seine Verpflichtung zu *dare* war keine Kaufschuld, sondern eine Stipulationsschuld, begründet durch *stipulatio* oder noviert aus der Eviktionshaftschuld eines Kaufvertrages. Daher haftete er auf *dare* nicht als Verkäufer; der Verkäufer als solcher haftete nur wegen Eviktion.

7. Besonderer Art war die Haftung des Verkäufers für Rechtsmängel bei dem Verkauf einer Forderung und bei dem Erbschaftskauf.

a) Die Kaufgeschäfte über Forderungen und Erbschaften kamen erst nach der Entstehung der Manzipationshaftung auf.[4] Sie wurden von dem klassischen Juristen unabhängig von der für sachliches Haben geltenden Eviktionshaftung ausgebildet. Der Verkäufer haftete hier nicht wegen Eviktion,

---

[1] Rabel, a. a. O., S. 125.

[2] Gaji institut. IV. § 4; Karlowa, Römische Rechtsgeschichte, Bd. II, erster Teil, S. 709 zu Note 1.

[3] l. 75 § 10 D. de v. o. 45, 1; l. 25 § 1 D. de c. e. 18, 1; l. 71 § 1 D. de legat. I.

[4] Denn der Manzipationskauf war zunächst für körperliche Gegenstände bestimmt gewesen. Die *mancipatio* wurde auch für Rustikalservituten verwendet, doch deshalb, weil bei ihnen der Rechtsbesitz dem Sachbesitze ähnlich (Rabel, a. a. O., S. 129, Note 1) und damit die den körperlichen Gegenständen entsprechende Behandlung angezeigt erschien.

sondern auf den Bestand des verkauften Rechtes *(debitorem esse, heredem se esse).*

b) Der Verkäufer einer Forderung haftete, ohne dass eine Eviktion erfolgt sein musste, auf Rechtsverschaffung, sobald der Kaufvertrag abgeschlossen war. Falls die verkaufte Forderung nicht bestand, hatte der Käufer einen Anspruch auf Interesseersatz. Der Verkäufer haftete dafür, dass nicht Einreden der verkauften Forderung entgegenstanden, es sei denn, dass solche Einreden aus der Person des Käufers stammten.[1] Er haftete nicht für die Solvenz, Erreichbarkeit des Schuldners u. dgl., nicht für Bürgen oder Pfänder, sofern er nicht auch dafür die Haftung eigens übernahm, Zusagen machte oder arglistig handelte. Aus der Haftung für Einreden entsprang für den Käufer ebenfalls ein Interesseanspruch.

Der Ersatzanspruch des Käufers wurde mit der *actio empti* geltend gemacht. Sie setzte einen Prozess mit einem Dritten nicht voraus. Daher war der Käufer in einem solchen Prozess nur berechtigt, nicht verpflichtet, seinem Verkäufer den Streit zu verkünden.[2] Auch die vorgängige Ausklagung des Schuldners der verkauften Forderung war nicht erforderlich. Sie erleichterte unter Umständen die dem Käufer obliegende Beweisführung. Der Verkäufer haftete, sobald auf irgend eine Weise feststand, dass er seiner Verpflichtung nicht genügt habe.

c) Der Verkäufer einer Erbschaft haftete für den Bestand[3] des Erbrechts, auf Grund dessen er veräusserte wie der Verkäufer einer Forderung. Er haftete wegen Entwehrung einzelner Erbschaftssachen nicht, es sei denn, dass er in dieser Beziehung eine Garantie übernommen hatte,[4] welche ihn natürlich haftbar machte.

---

[1] Seufferts Archiv, Bd. 33, num. 218.

[2] Seufferts Archiv, Bd. 16, num. 204.

[3] l. 2 pr., l. 7—9, l. 11, l. 12, l. 13, l. 16 D. *de hered. vel act. vend.* 18, 4; l. 1 *C. de evict.* 8, 44.

[4] Z. B. durch Veräusserung auf Grund eines errichteten Inventars.

8. Die Eviktionshaftung des Veräusserers trat nach römischem Recht auch bei kaufähnlichen Geschäften ein, so bei *dos venditionis gratia aestimata*[1], so auch bei dem zwangsweise erfolgenden Pfandverkauf[2]. Aus der Hingabe an Zahlungsstatt erhielt der Käufer eine *actio ex empto utilis* als Eviktionsanspruch.[3] Aus der Adjudikation an Nachlasssachen oder an Miteigentum hafteten die Teilenden wegen Rechtsmangels anfänglich nur auf Grund von Eviktionsstipulationen, zu deren Abgabe der Teilungsrichter anzuhalten hatte;[4] erst durch Diokletion bekam der Empfänger der zugeteilten Sache schon auf Grund der Adjudikation eine Klage wegen Eviktion zugeteilter Sachen.[5]

Der Tausch begründete die Verpflichtung zur Rechtsverschaffung. Anfänglich durfte der vorleistende Teil, dem eine fremde Sache hingegeben war, wegen mangelnder Gegenleistung die eigene Leistung zurückfordern. Später wurde ihm wegen Eviktion eine *actio in factum* auf sein Interesse gegeben.[6] Neben beiden zur Wahl auch fernerhin zustehenden Ansprüchen hatte der Tauschende eine *actio praescriptis verbis* gegen den anderen Teil auf Verschaffung[7] des Eigentums der Tauschsache, des zu tauschenden Rechtes.

IV. Obgleich mehrfach erweitert, blieb die Haftung des Verkäufers wegen Rechtsmangels eine Eviktionshaftung sowohl unter den klassischen Juristen Roms als in der nachklassischen Jurisprudenz. Jene hielten an der hergebrachten Form fest, weil „den Römern ein Rechtsbegriff, welcher die verschiedenen Formen des Eigentums, das römische, das

---

[1] Bechmann, Kauf, Bd. II., S. 562 f. l. 1 § 1 *C. de jure dot.* 5, 12; l. 52 § 1 D. de a. e. v. 19, 1.

[2] l. 74 § 1 *D. de evict. et duplae stipul.* 21, 2.

[3] Windscheid, Pandekten, Bd. II., § 342, Note 14.

[4] l. 25 § 21 *D. fam. ercisc.* 10, 2; l. 10 § 2 *D. comm. div.* 10, 3.

[5] l. 14 *C. fam. erc.* 3, 36.

[6] l. 1 § 1 *D. de rer. permut.* 19, 4. Unrichtig ist die Folgerung Rabels (a. a. O., S. 120 ff.), dass der Tausch eine Eviktionshaftung, keine Eigentumsverschaffungspflicht erzeugte. Wenn eine Quellenstelle die Eviktionsklage gibt, so schliesst dies nicht aus, dass der Tauschende ausserdem den Anspruch auf Rechtsverschaffung hatte.

[7] Windscheid, Pandekten, Bd. II. § 392, Note 3, Anfang.

Peregrinen- und das Provinzial-Grundeigentum in sich vereinigt hätte, fehlte.[1] Die gesunkene Jurisprudenz der nachklassischen Zeit reichte für die Verarbeitung des Fortschritts und die Umformung der Grundlage nicht mehr aus.[2] Auch Justinian, dessen Kodifikation hier die begonnene Entwicklung für Jahrhunderte abschloss, hat das bisherige Recht im wesentlichen unverändert in sein Gesetzeswerk aufgenommen.

Nach der *l. un. C. de sent. quae pro eo* etc. 7, 44 von Justinian kann mit dem Eviktionsanspruch *ex empto* nicht mehr als das Doppelte (*alterum tantum*) des Wertes des Kaufobjektes als Interessebetrag gefordert werden. Ebenso kann mit der *actio ex stipulatu*, falls[3] die Eviktionsstipulation schlechthin auf Interesseersatz lautet, nicht mehr verlangt werden.

---

§ 4.

Das gemeine Recht.

Aus der Rezeption des römischen Rechts[4], seiner Weiterbildung und Verbindung mit deutschen Rechtsgedanken entstand das gemeine Recht. Es ist die Grundlage oder doch ein Bestandteil der neueren deutschen Rechte und des Bürgerlichen Gesetzbuches. Daher ist es nach Geschichte und Inhalt näher zu betrachten.

I. Das rezipierte fremde Recht wurde zunächst germanisiert: die Rechtssätze über Eviktion wurden auf die deutsche Gewährschaft übertragen und diese mit den neuen Rechtssätzen

---

[1] Eck, a. a. O., S. 21.

[2] Rabel, a. a. O., S. 129.

[3] Auf vertragsmässige Vorausbestimmungen des zu ersetzenden Schadensbetrages bezog sich jene Bestimmung Justinians nicht. Vgl. Eck, a. a. O., S. 19 oben.

[4] Das neben dem römischen Recht rezipierte kanonische Recht, ein weiteres Bildungselement des gemeinen Rechts, kommt für unser Thema nicht in Betracht.

juristisch durchgebildet, dabei aber auch wieder romanisiert. Cujacius und Donellus stellten die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des *habere licere* auf. Die deutschen Humanisten des achtzehnten Jahrhunderts brachten diese Lehre in der Theorie zur Anerkennung, die historische Schule sie dann in der Praxis zur Geltung.

1. Der Verkäufer war zunächst verpflichtet, dem Käufer im Prozess mit dem Dritten Beistand zu leisten.

a) Die Litisdenuntiation des Käufers an den Verkäufer wurde von den Juristen der Rezeption als Aufforderung zur Defension betrachtet[1] in Erinnerung an die förmliche Ladung der Geweren in den Volksrechten.

b) Unter dem Einflusse des Defensionsprinzips erklärten Praxis und Theorie die Litisdenuntiation des Käufers an den Verkäufer als unumgänglich notwendig[2] für den Rückgriff des Käufers gegen den Verkäufer. Erst allmählich stellte das gemeine Recht, zurückkehrend zum reinen römischen Recht[3] Ausnahmen von der Denuntiationspflicht auf; diese selbst ist noch in älteren Pandektenlehrbüchern als zu Recht bestehend detailliert geregelt.

c) In Anlehnung an das deutsche Zwischenverfahren gegen den die Gewährschaft verweigernden Verkäufer wurde vielfach, so in der Praxis des Reichskammergerichts[4], dem Käufer neben der hier nur als Streitverständigung dienenden Litisdenuntiation (*l. d. incidenter facta*) wahlweise eine förmliche Klage (*denuntiatio separata*) auf Verurteilung des Verkäufers zur Vertretung („Beistand zu tun") des Käufers im Prozess gewährt.

d) Das Recht des Käufers aus der Haftung des Verkäufers wegen Rechtsmangels ging nach fortdauernder Anschauung nicht sowohl auf Ersatz für geschehene Eviktion als auf Beistandschaft nach Litisdenuntiation während des Eviktionsstreites. Auch machte

[1] Rabel, Die Haftung des Verkäufers, S. 221.

[2] Vgl. Rabel, a. a. O., S. 231.

[3] Vgl. oben § 3, S. 24, Anm. 3.

[4] Fuchs, Die Lehre von der Litisdenuntiation, im Archiv für prakt. Rechtswissensch., Bd. III., S. 27 ff.

häufig[1] die Weigerung der Defension, nicht erst die Eviktion, den Verkäufer ersatzpflichtig. Kam der Verkäufer seiner Defensionspflicht nicht nach, so wurde, wie früher, unterschieden, ob er ausblieb oder kam, aber die Beistandschaft verweigerte. Blieb er aus, so konnte der Käufer den Prozess gegen den Dritten selbständig führen und musste ihn betreiben, da anderenfalls ein Versäumnisurteil ergehen[2] konnte und dieses nach römischem Recht kein Eviktionsfall war, daher keinen Rückgriff gegen den Verkäufer gab.[3] Verweigerte der Verkäufer seinen Beistand im Prozess, so war zunächst ein besonderer Prozess über die Weigerung einzuleiten und zu erledigen. Bis zur Beendigung desselben war der Prozess um das Kaufobjekt gehemmt. Diese Hemmung verursachte bei der Langwierigkeit des gemeinrechtlichen Verfahrens durch Schriftenwechsel arge Missstände, so dass sie verschiedentlich,[4] so für Kursachsen durch die erläuterte Prozessordnung von 1724 (tit. XIV., § 1 und § 2), welche viele andere deutsche Territorien beeinflusste, beseitigt wurde.

e) Aus der Fortwirkung des Defensionsgedankens erklärt sich, dass mehrfach[5] der Käufer das Recht erhielt, die Kosten eines von ihm gewonnenen Eviktionsprozesses, obgleich nach römischem Recht eine Eviktion nicht erfolgt war, von dem Verkäufer ersetzt zu verlangen.

f) Nach römischem Recht haftete der Verkäufer nicht, wenn er geltend machte und bewies, dass das im Eviktions-

---

[1] Rabel, a. a. O., S. 232 und Note 2.

[2] Z. B. nach der brandenburgischen Kammergerichtsordnung von 1516, Art. „wie man wieder die ungehorsahmen handeln und procedieren soll“ (Mylius, *corp. const. March.*, Teil II., Abteilung I., num. I., Spalte 14, 15).

[3] So u. a. nach der 1594 von Johann Georg, Markgraf zu Brandenburg, erlassenen Verbesserung und weiteren Erklärung der Kammergerichtsordnung, Teil II., Titel XVIII. (Mylius, *corp. const. March.*, Teil VI., Abteilung III., num. III., Spalte 79).

[4] Vgl. Rabel, a. a. O., S. 236 ff.

[5] Vgl. Rabel, a. a. O., S. 239, Note 1 für gemeines Recht, Note 2 für Partikularrecht.

prozess ergangene Urteil ungerecht gefällt war.[1] In der Rezeptionszeit lehnte man diese Einrede aus der *injuria judicis* ab; der Verkäufer haftete trotz jenes Nachweises, weil dies dem Defensionsgedanken entsprach. Dies wirkte nach, als später das römische Recht wieder reiner zur Geltung kam.[2]

g) Der Verkäufer hatte nach deutscher Auffassung nicht erst für die geschehene Eviktion Ersatz zu leisten, sondern schon die drohende Eviktion zu verhindern, vor dem Gericht des Eviktionsprozesses für den Käufer tätig zu werden. Dies Gericht wurde daher jetzt als *forum connexitatis* zuständig[3] für den Anspruch des Käufers auf Vertretungsleistung durch den Verkäufer, während die Klage auf Entschädigung wegen Nichtleistung der Defension bei dem für Klagen gegen den Verkäufer allgemein zuständigen Gerichte anzubringen war.

2. Der Verkäufer beteiligte sich an dem Prozesse des Käufers mit dem das Kaufobjekt beanspruchenden Dritten nicht mehr, wie nach altdeutschem Recht, durch die Übernahme der Parteirolle, sondern als Nebenintervenient, besass aber als solcher im gesamten gemeinen Recht eine viel unabhängigere Stellung in der Führung des Prozesses als nach dem heutigen Recht.[4]

3. Die Defensionshaftung des Verkäufers wurde durch römisches Recht schlechthin vererblich.

---

[1] l. 51 pr. D. *de evict et dupl. stip.* 21, 2; l. 8 i. f., l. 15 *C. de evict.* 8, 44 (45); l. 1 *C. de rer. permut.* etc. 4, 64.

[2] Nach C. P. O. §§ 71, 65, Satz 1 (alt), §§ 74, 68, Satz 1 (neu) wird der Verkäufer, der die Möglichkeit der Mitwirkung im Eviktionsprozesse hatte, von der Zeit an, zu welcher der Beitritt nach erfolgter Streitverkündung möglich war oder, falls diese ausblieb, nachdem der Verkäufer auf andere Kunde hin dem Käufer als Nebenintervenient beigetreten ist, im Verhältnis zu dem Käufer mit der Behauptung nicht gehört, dass der Rechtsstreit (Eviktionsprozess), wie derselbe dem Richter vorgelegen habe, unrichtig entschieden sei; vgl. ferner unten II., 4.

[3] Carpzov, *jurisprud. for., pars* I., constitut. 3. definit. 28. num. 5, 6 (S. 37).

[4] Wach, Handbuch des Zivilprozesses, Bd. I., S. 637.

4. Nach der Rezeption des römischen Rechts lehrten[1] die deutschen Juristen, der Käufer habe für Entwehrung den Kaufpreis und den Ersatz des *„interesse"* zu beanspruchen, den Kaufpreis auch da, wo das Interesse des Käufers infolge der Wertverminderung des Kaufobjektes u. dgl. den Preisbetrag nicht erreichte. Diese Lehre fusste nicht nur auf den gleicher Anschauung entsprungenen Stellen der römischen Quellen, sondern war auch eine Folge der Fortwirkung der in den alten Volksrechten lebendigen Auffassung von der Schutzpflicht des Verkäufers. Später näherten sich die gemeinrechtlichen Schriftsteller mehr und mehr dem Standpunkt des römischen Rechts,[2] wie ihn schon Cujacius und Donellus vertreten hatten.

II. Im späteren gemeinen Recht des 19. Jahrhunderts ist die Haftung des Verkäufers für Rechtsmängel diejenige des römischen Rechtes, auf welches daher verwiesen wird. Doch gestaltete sich die letztere nicht unerheblich um.

Nach gemeinem Recht ist der Verkäufer zur Gewährung von *habere licere* in jedem Falle verpflichtet, nicht mehr nur zum Schadensersatz aus Eviktion oder zur Rechtsverschaffung in bestimmten Fällen wie im römischen Recht. Der Verkäufer haftet dafür, dass der Käufer die Berechtigung zum Haben des Kaufgegenstandes erhält, ein absolutes Mass von Recht, doch nicht dafür, dass er das Eigentum der

---

[1] Entgegen der Ansicht des Cujacius *(ad Africanum tractatus* VIII., *ad l. cum et forte* (l. 44 D. 19. 1; nach Cujacius l. 45 *D. de act. empti),* in den *opera,* Bd. I., Spalte 1478) und des Donellus *(summaria ad l. si tibi* [l. 23] *C. de evict.* 8, 44 [45] in seinen *opera,* Bd. IX., Spalte 1508, Randnummer 6), welche dem Käufer nur den Interesseanspruch gaben, vertraten die im Text erwähnte Lehre Carpzov *(jurisprud. for.,* pars II., constit. 34, definit. 22 und 27) Wesenbeck *(paratitla in Pandectas, ad* D. 21, 2, num. 3, S. 678) und andere, ferner für den Fall, dass die Kaufsache zu teuer gekauft oder die Preise seit dem Kaufe gesunken waren, durch Zubilligung des vollen Preisbetrages an den Käufer unter anderen Glück (Erläuterung der Pandekten, Bd. 20, S. 349 f.), für das bayrische Zivilgesetzbuch endlich Kreittmayr (Anm. z. *Cod. Max. Bav. civ.,* Teil IV. Kap. 3, §§ XV. und XVI., num. 8 (S. 199).

[2] Vgl. oben § 3, S. 31 zu Anm. 4.

Kaufsache oder das verkaufte Recht erhält. Auch der Mangel im „Recht zum Haben“ bedarf des Beweises. Dieser wird am besten erbracht durch den Nachweis der geschehenen Eviktion. So liegt es im eigenen Interesse des Käufers, erst nach geschehener Eviktion den Verkäufer zu verklagen.

1. Ein Eviktionsprozess mit Streitverkündung geht in der Regel dem Eviktionsregress des Käufers voraus; doch ist beides für letzteren nicht erforderlich. Hat eine Eviktion nicht stattgefunden, so muss der Käufer, wenn er den Verkäufer wegen des Rechtes eines Dritten in Anspruch nimmt, nachweisen, dass der Dritte gesiegt hätte, wenn es zum Eviktionsprozess gekommen wäre.[1] Die Streitverkündung im Eviktionsprozess hat, wie dieser selbst, ebenfalls nur noch für die Beweisführung des Käufers Bedeutung. Unterbleibt sie, so beweist weder der Eviktionsprozess, noch das in ihm ergangene Urteil etwas; der Käufer muss zur Begründung seines Ersatzanspruches nachweisen, dass die erfolgte Eviktion rechtmässig geschah. Zur Streitverkündung ist der Käufer nicht verpflichtet; der Verkäufer kann sie nicht fordern.

2. Der Käufer kann den Verkäufer nur dann wegen eines Rechtsmangels in Anspruch nehmen, wenn dieser zur tatsächlichen Entziehung des Kaufgegenstandes oder zu Gleichstehendem geführt hat. Somit haftet der Verkäufer nur für das Nichtvorhandensein solcher Rechte eines Dritten, welche zur Entziehung des Kaufgegenstandes führen. Er haftet daher nicht bei dem Vorhandensein von Grunddienstbarkeiten, welche nicht zur Entziehung der Kaufsache führen, mögen sie auch die Rechtsausübung des Käufers beeinträchtigen.

3. Wie geschehene Eviktion nicht mehr die Voraussetzung des Anspruches gegen den Verkäufer ist, so darf der Käufer den Kaufpreis zurückhalten, auch ohne dass ein Prozess über die Kaufsache schwebt, der zur Eviktion führen kann, falls letztere nur irgendwie droht. In

[1] Windscheid, Pandekten, Bd. II., § 391, num. 1 (S. 628) und Anm. 10 daselbst.

diesem Falle hat der Käufer die **exceptio evictionis imminentis,**[1] um gegenüber der Preisforderung des Verkäufers sein Zurückbehaltungsrecht geltend zu machen. Der Verkäufer kann dieses Recht durch Sicherheitsleistung beseitigen. Bei einem *certum et evidens jus* des Dritten durfte der Käufer den Kaufpreis auch trotz Sicherheitsbestellung seitens des Verkäufers zurückbehalten.[2]

4. Nach römischem Recht konnte der Verkäufer die *actio empti* des Käufers, welche sich auf den Erlass des Eviktionsurteils stützte, durch den Einwand der *injuria judicis* entkräften. Nach C. P. O. §§ 65, 71 Satz 1 (alt), §§ 68, 74 Satz 1 (neu) — vgl. oben II. 1. f. — kann der Verkäufer, falls ihm der Streit nicht verkündet wurde, er auch nicht als Nebenintervenient dem Eviktionsprozess beigetreten ist, das Fundament der Regressklage des Käufers, soweit es (das Recht des Evinzenten) mit dem ergangenen Eviktionsurteil (bezw. unter Benutzung seiner Unterlagen) bewiesen wird, bestreiten durch die Behauptung, der Eviktionsrechtsstreit sei unrichtig entschieden worden, mit der Wirkung, dass nun der Käufer die objektive Richtigkeit des Eviktionsurteils darzutun hat.[3] Gelingt dies dem Käufer, so haftet der Verkäufer, anderenfalls nicht.

5. Die Eviktionsstipulation ist mit der Nichtaufnahme der römischen Stipulation beseitigt. Nur der Kaufvertrag ist ein Verpflichtungsgrund. Wenn die Parteien eine mit der Eviktionsstipulationsschuld inhaltlich gleiche Verbindlichkeit vereinbaren, so ist diese Vereinbarung als Teil des Kaufvertrages wirksam.

---

[1] Diese Einrede wurde zunächst als eine *exceptio doli* angesehen. Sie ist der *exceptio non adimpleti contractus* ähnlich, unterscheidet sich aber von ihr in der Beweislast: der Käufer braucht die von ihm vorgeschützte *exceptio non adimpleti contractus* nicht zu beweisen; bringt er die *exceptio evictionis imminentis* vor, so muss er das drohende Bevorstehen einer Eviktion nachweisen (Leyser, *meditationes,* vol. IV., spec. 238, medit. 3, S. 815).

[2] Glück, Erläuterung der Pandekten, Bd. 20, S. 372.

[3] Wach, Handbuch des Zivilprozesses, Bd. I., S. 629 f.

6. Die Höhe der Haftung des Verkäufers bemass sich nach den allgemeinen Regeln der Schadensersatzlehre. Der Käufer kann den Ersatz des Wertes der Kaufsache zur Zeit der Eviktion verlangen (l. 16 pr., l. 66 § 3 D. *de evict. et dupl. stip.* 21, 2), den Ersatz des nebenbei erlittenen Schadens (*damnum emergens*, *lucrum cessans*), der nicht nutzlosen Verwendungen der Kosten des Eviktionsprozesses, somit den Ersatz des gesamten durch Eviktion oder Gleichstehendes erwachsenen Schadens, also nicht nur und nicht immer den Kaufpreis. Doch kürzt sich das zu ersetzende Interesse um den Betrag dessen, „was der Käufer seinerseits von der Sache gewonnen hat".[1] Auch besteht noch die Maximalgrenze des *non ultra alterum tantum* (s. oben § 3, IV. Abs. 2) zu Recht.[2] Als Zeitpunkt für die Schadensberechnung war massgebend der Erlass des Eviktionsurteils,[3] nicht der Zeitpunkt der Entziehung der Kaufsache.

7. Der Verkäufer einer Forderung haftet für den Bestand derselben und für die Abwesenheit von Einreden wie nach römischem Recht. Streitfrage ist, ob der Verkauf einer zur Zeit des Kaufabschlusses nicht bestehenden Forderung als ein über ein nicht vorhandenes Objekt abgeschlossener, daher auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag nichtig sei,[4] der Verkäufer demgemäss nur zur Rückgabe des Kaufpreises bezw. bei *culpa in contrahendo* zum Ersatz des negativen Vertragsinteresses verpflichtet sei. Nach der richtigen Ansicht[5] haftet der Verkäufer in diesem Falle, obgleich eine anfängliche objektive Unmöglichkeit der Lei-

---

[1] Windscheid, Pandekten, Bd. II., § 391 zu Note 35.

[2] Auch C. P. O. § 260 (alt) hat diese Grenze nicht beseitigt, da er nur die Ermittelung des Interesses behandelt, nicht aber die materiellrechtlichen Grenzen verändert, innerhalb deren es gefordert werden kann (Windscheid, Pandekten, Bd. II., § 258, Note 9 am Ende).

[3] Dernburg, Pandekten, Bd. II., § 99, 2, Abs. 2 und Note 24.

[4] Seufferts Archiv, Bd. 22, num. 35 (S. 55); Bd. 30, num. 238.

[5] Brinz, Die Prästation unmöglicher Leistungen (Krit. Überschau, Bd. 5, num. 11, S. 296 bis 299); Hartmann, Die Obligation, S. 179 ff.; Windscheid, Pandekten, Bd. II., § 315, Anm. 4 (S. 268).

stung vorliegt, dem Käufer wegen des Nichtbestandes der Forderung, wie wenn der Kaufvertrag gültig wäre, auf Ersatz des vollen Interesse. — Wird eine Forderung unter der Klausel „ohne Gewähr" verkauft, so bezieht sich der darin vereinbarte Ausschluss der Haftung des Verkäufers nicht auf den Bestand der Forderung — für ihn haftet der Verkäufer —, sondern nur auf ihre Beitreibbarkeit (Bonität).[1]

8. Die Lieferung von Gattungssachen gegen Geld war nach römischem Recht kein Kaufgeschäft, war aber ein Kauf nach gemeinem Recht. Die Verpflichtung zur Leistung einer nur der Gattung nach bestimmten Sache hat nicht einen individuell bestimmten Gegenstand, sondern einen unbestimmten Inhalt. Dadurch, dass eine bestimmte Sache aus der fraglichen Gattung durch den Verkäufer tatsächlich geleistet wird oder dass die Parteien sich auf eine solche Sache einigen, wird diese Sache Kaufobjekt; vorher war keines vorhanden, obschon die Leistungspflicht des Verkäufers feststand.[2] Mit dieser Konzentration des Leistungsinhalts wird die Verpflichtung des Verkäufers zur gewöhnlichen Speziesobligation, für welche die Eviktionsgrundsätze der Regel gemäss gelten.[3]

9. Auch das Recht der Wertpapiere findet sich noch nicht im römischen, dagegen im älteren deutschen und im gemeinen Recht. Dieses behandelt den Kauf von Inhaberpapieren wie den Kauf von Gattungssachen: durch Lieferung von Papieren der vereinbarten Zahl und Gattung konzentriert sich die Verpflichtung des Verkäufers auf die gelieferten Papiere. Der Verkäufer haftet wegen Eviktion wie bei anderen Kaufsachen. Im übrigen gelten die Grundsätze des Forderungskaufes. Der Verkäufer haftet auch dafür, dass die gelieferten Papiere nicht amortisiert sind.[4] Solange ein Amortisationsverfahren schwebt, haftet der Verkäufer noch nicht; denn jenes bezweckt nur die Ermittelung, wer gerade der Inhaber des Papieres ist;

---

[1] Seufferts Archiv, Bd. 22, num. 35 (S. 56).

[2] Windscheid, Pandekten, Bd. II., § 255 zu Note 18 (S. 35).

[3] Windscheid, a. a. O., Bd. II., § 391 (S. 633) und Note 37 a daselbst.

[4] Vgl. Seufferts Archiv, Bd. 27, num. 114; Bd. 14, num. 25.

es ist kein eigentlicher Prozess, kein Eviktionsprozess. Ein solcher ist erst die Folge durchgeführter Amortisation. Der Verkäufer haftet, wenn die Kraftloserklärung des Papieres erfolgt ist, auf Ersatz des dadurch dem Käufer entstandenen Schadens in entsprechender Anwendung von l. 31 §§ 11, 12 D. *de aedil. ed.* 21, 1; l. 47 § 1 D. *de evict. et dupl. stip.* 21, 2. Wenn aber der Käufer eines Inhaberpapieres nicht sorgfältig genug mit der Möglichkeit der Amortisation desselben rechnet, so hat er den Schaden selbst zu tragen.

III. Wie das römische Recht die Defensionshaftung zur Eviktionshaftung erweitert hatte, so wurde die letztere im gemeinen Recht zu der Verpflichtung, das *habere licere ex empto* zu gewähren, die Kaufsache als eigene zu übergeben und für das Haben und den Genuss derselben, wie einer eigenen Sache, einzustehen.[1] Darin lag zunächst die Verpflichtung nicht nur zur Tradition, sondern, wie schon nach römischem Recht (Verpflichtung zur Manzipierung bei *res mancipi*), bisweilen auch zur Vornahme von Übereignungsakten (z. B. der Auflassung), sodann die Gewähr einer Rechtsstellung („Genuss"), nicht mehr blosses Einstehen für Störung.

Die Eviktion ist nicht mehr die einzige Bedingung zur Haftung des Verkäufers; sie genügt nicht, um das Bestehen des Rechtsmangels zu beweisen.[2] Das Verkehrsbedürfnis, z. B. im Grundbuchverkehr,[3] forderte die Verpflichtung des Verkäufers zur Eigentumsverschaffung. Aus der Eviktionshaftung ergaben sich Unzuträglichkeiten.[4] So wird es erklärlich, dass die Idee der Rechtsverschaffungspflicht anstatt blosser Eviktionshaftung Verteidiger fand.[5] Es war nur logisch, die Verpflichtung zur Genussgewährung zu erweitern

---

[1] Windscheid, Pandekten, Bd. II. § 389 zu Note 7 (S. 609).

[2] Siehe oben S. 42, Anm. 2.

[3] Vgl. unten § 5, I., 3, S. 52 f.

[4] So z. B. verhinderte das Eviktionserfordernis die sofortige Geltendmachung des Rechtsmangels: nach Kaufabschluss musste der Käufer erst die Eviktion abwarten. Vgl. ferner oben § 4, II., 8.

[5] So Fick im Archiv für Wechselrecht, Bd. 8, S. 85; Eck in Holtzendorffs Rechtslexikon, Bd. II., S. 439; Wendt, Pandekten, § 252, S. 613 f.

in die Pflicht zur Rechtsgewähr. Das gemeine Recht zögerte,[1] diesen Schritt zu tun, da die Lehre von der Eviktion noch einen zu grossen Raum in den Pandektenlehrbüchern einnahm, um über Bord geworfen zu werden. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat, wenn auch erst im zweiten Entwurf, jenen Schritt getan.

---

§ 5.

Das Partikularrecht.

In dem grössten Teile Deutschlands wurde das gemeine Recht nebst dem deutschen Gewohnheitsrecht in formeller Geltung durch Landesrecht, besonders die grossen Kodifikationen des 18. und 19. Jahrhunderts, beseitigt. Es wurde auch materiell durch Landesgesetze für den Bereich des betreffenden Rechtsgebietes verändert. Die Haftung des Verkäufers wegen Rechtsmängel gestaltete sich weiter in der Richtung zur Rechtsverschaffungspflicht; doch blieb das Eviktionssystem die Grundlage der meisten Rechte. Im folgenden ist die Ausbildung des Rechtsverschaffungsgedankens und die Gestaltung, welche die Rechtmängelhaftung des Verkäufers in zwei der grössten Rechtsgebiete partikularen Rechts, nämlich nach dem preussischem Allgemeinen Landrecht und nach dem rheinischen (französischen) Recht des *code civil*, erhalten hat, in den Grundzügen darzustellen.

I. Die Verpflichtung zur Verschaffung freien Eigentums.

1. Die Zunahme der Sicherheit der Rechtsverhältnisse und die Verbesserung des Rechtsweges veränderten die Auffassung der Haftung des Verkäufers. Man erkannte, dass die Erzwingung der Defensionsleistung des Verkäufers den

---

[1] Eck gibt aber dem Käufer wenigstens da stets ein Klagerecht gegen den Verkäufer, wo durch die Nichtverschaffung des Eigentums sein Interesse verletzt wurde.

Käufer nur mangelhaft schützte, dass die durch Defension erlangbaren Beweismittel, weil dem Käufer vorher unbekannt, nicht zwangsweise, sondern nur durch ein Manifestationsverfahren,[1] daher in mangelhafter Weise, eingefordert werden konnten, dass die Fortführung des Hauptprozesses während des Defensionsverfahrens dieses praktisch überflüssig machte, dass die Anrufung des Verkäufers als Zeugen für den Erwerb durch den Käufer eine Defension durch den Verkäufer ersparte. Der Schutz gegen objektiv nicht berechtigte Angriffe Dritter durch den Verkäufer war für den Käufer vorteilhaft, solange das Lehenrecht die sozialen Verhältnisse bestimmte und die höhere Stellung des Vormannes den Käufer durch den „Gewährenzug" stärkte; als das Lehenrecht seine Bedeutung verlor, büsste auch der Schutz des Verkäufers an Wert ein. Die Entwicklung des Verkehres schränkte die Fälle ein, in denen der Verkäufer haftete: so hatte er die Prozesskosten nicht mehr für jeden von dem Käufer in bezug auf das Kaufobjekt gewonnenen Rechtsstreit, sondern nur bei dem Bestehen eines Rechtsmangels und vorgenommener Streitverkündung zu tragen; auch hatte der Käufer sie, wie nach römischem Recht, vorläufig selbst zu verauslagen, weil die Prozessführung nicht mehr als ausserordentliche Last empfunden wurde.[2] Ebenso wurde dem Käufer nicht mehr allgemein gestattet, im Vertrauen auf die Schutzpflicht des Verkäufers den Prozess des Dritten an sich herankommen zu lassen oder sich lässig daran zu beteiligen; er war unter gewissen Umständen verpflichtet, sorgfältig zu verfahren und den Rechtsstreit mit dem Dritten bald zu vermeiden, bald mit Sorgfalt zu führen. Die Pflicht des Verkäufers, am Prozess des Käufers mit dem Dritten teilzunehmen, wurde zu einem Recht des Verkäufers; die Streitverkündung an ihn bezweckte nicht mehr, dem Käufer den Schutz des Verkäufers gegen den Angriff Dritter zu verschaffen, sondern als Interessenschutz ihm den zukünftigen Rückgriff aus solchem Angriff gegen den Ver-

[1] Rabel, die Haftung des Verkäufers, S. 250.
[2] Rabel, a. a. O., S. 251.

käufer zu sichern.[1] So wurde die Haftung des Verkäufers ein *evictione teneri*[2]; sie erzeugte nicht mehr eine Pflicht zur Defension.

In einigen Rechten trat später neben das Eviktionssystem die Pflicht, Eigentum an der Kaufsache, das verkaufte Recht zu verschaffen. Aber jenes behauptete sich auch neben dieser Verschaffungspflicht (im engeren Sinne vgl. oben § 2, S. 12, Anm. 2) andauernd, weil der Eintritt der Eviktion das Vorhandensein des Rechtsmangels ergab und so den Nachweis des Mangels erleichterte, und weil die Eviktionshaftung es ermöglichte, den Verkäufer wenigstens nach geschehener Eviktion sofort zu belangen.

2. In der Richtung zur Aufstellung einer Verschaffungshaftung des Verkäufers bewegten sich schon die Glossatoren. So gab Accursius[3] aus l. 52 § 1 *D. de a. e. v.* 19, 1 und l. 5 § 1 *C. de evict.* 8, 44 dem Käufer die Klage auf Befreiung von allen Lasten bezw. eine Einrede aus der Nichtbefreiung, solange der Kaufpreis nicht gezahlt wäre. Bartolus[4] fand, dass die Verpflichtung des Käufers, dem Ver-

---

[1] Wach, Handbuch des Zivilprozesses, Bd. I., S. 654 und die weiteren Ausführungen; Skedl, Österreichisches Zivilprozessrecht, Bd. I., S. 411 oben.

[2] Der Verkäufer hatte wegen Eviktion Ersatz zu leisten, nicht mehr, wie man früher und auch später unrichtig sich ausdrückte (vgl. Note 1 bei Rabel, a. a. O., S. 253), „die Eviktion zu leisten".

Aus der alten Defensionshaftung behielt man Vorteile, welche sie hatte, bei; die Litisdenuntiation befreite den Käufer von dem Beweise des Rechtsmangels. — Auch die Gesetzesreaktionen der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts weisen noch Spuren der Defensionshaftung auf, so das allgemeine Landrecht für die preussischen Staaten, Teil I. Titel 11, § 136:

> Er (der Verkäufer) muss also auch den Käufer gegen alle Ansprüche eines Dritten auf die verkaufte Sache vertreten.

Doch wurde diese Stelle von der preussischen Wissenschaft und Rechtsprechung mit Recht nicht beachtet.

[3] *Glossa marginalis ad ff. de act. empti l. creditor § praedium* (l. 52 D. 19, 1; *Digestum vetus Accursii* S. 1843) und *ad C. de evict. l. ex his praediis* (l. 5 C. 8, 44; *Codex Accursii* S. 1925).

[4] Bartolus *ad ff. de act. empti l. ex empto pr.* (l. 11 pr. D. 19, 1; *Digestum vetus Accursii* S. 1810 f.) und *Accursius ad l. cit.*

käufer an dem als Preis gezahltem Gelde das Eigentum zu verschaffen *(nummos venditoris facere)*, eine Eigentümlichkeit jeder Genusobligation sei, und lehrte, dass aus diesem Grunde der Verkäufer einer Genussache das Eigentum an ihr verschaffen müsse. Später fand die ausgedehnte Haftung des in *dolo* versierenden Verkäufers Beachtung[1] und wurde in den Rechtsmitteln des Käufers ausgebildet. Aus l. 5 *C. de evict.* 8, 44 gab man[2] dem Käufer das Recht, vor der Tradition oder auch noch nach derselben die Befreiung der Kaufsache von allen Lasten zu verlangen. Die Glossatoren[3] und später Partikularrechte[4] gaben dem Käufer als Klage auf Entschädigung wegen Lasten der Kaufsache (mit oder ohne Einschluss von Hypotheken) die *actio quanti minoris*, welche eine Eviktion nicht voraussetzte. Endlich vertrat Caillet[5] die Ansicht, die Entscheidung der l. 16 *D. de cond. c. d. c. n. s.* 12, 4: *repetere a te pecuniam potero, quia hominem accipientis non feceris* müsse, da heute alle Verträge auf Überlassung von Ware gegen Geld Kaufverträge seien, allgemein gelten; daher müsse, wie von l. 16 cit. für ihren Fall die *actio praescriptis verbis* auf Erfüllung gewährt werde, so die *actio empti* auf Eigentumsverschaffung jedem Käufer gegeben werden.

3. Älteres deutsches Recht, welches sich lokal erhalten hatte, und spätere Partikulargesetze machten den Erwerb

---

[1] Vgl. die bei Glück, Erläuterung der Pandekten Bd. 20, S. 380 ff., Zitierten.

[2] *Cod. Max. Bav. civ.* IV. Teils 3. Kap., § 10, 2 do (S. 339); Magdeburger Polizeiordnung von 1688, cap. 22, § 8 (Mylius, *corp. const.* Magd., Teil III., S. 91); Joh. Ludw. Schmidt, Klagen und Einreden, § 894, S. 462.

[3] *Glossa marginalis ad ff. de contrah. empt. l. cum venderes* (l. 59 D. 18, 1; *Dig. vet. Accurs.* S. 1748); vgl. auch die Glosse *ad l. penult D. d. evict. et dupl. stip.* 21, 2 (*glossa marginalis „si tacitae"*, a. a. O., S. 2036) und die *glossa marginalis ad ff. de aedil. ed. l. quoties* (l. 61 D. 21, 1; a. a. O., S. 1994).

[4] Magdeburger Polizeiordnung von 1688, cap. 22, § 8 (Mylius, *corp. const.* Magd., Teil III., S. 91).

[5] *Franc. Calletii ad titulum de evictionibus* (C. 8, 45) *commentarius, ad leges* III. etc., Randnote 5 ff. (S. 319 unten, S. 320).

von Eigentum oder von Pfandrechten an Grundstücken von der Auflassung mit nachfolgender Eintragung in das Grundbuch bezw. von der Anmeldung und Eintragung in das Hypothekenbuch abhängig. Da der Käufer verlangen konnte, „dass der Verkäufer mitwirkte zur Beschaffung der Formen, von welchen nach Partikularrechten bei Grundstücken der Eigentumserwerb oder die Legitimation des Eigentümers und damit die Möglichkeit über die Sache rechtlich zu verfügen abhing“,[1] und da der Verkäufer diese Verfügungsmöglichkeit stets sogleich zu schaffen hatte, so war damit der Verkäufer verpflichtet zur Verschaffung des sogenannten Bucheigentums bezw. der Buchhypothek, d. h. einer Rechtsstellung, welche je nach dem Rechte des bezüglichen Gebietes entweder nur ein Beweismittel der geschehenen Rechtsübertragung oder eine Legitimation des Erwerbers für weitere gültige Verfügungen über das Grundstück oder den vollgültigen materiellen Erwerb des betreffenden Rechtes darstellte. Der Käufer konnte ferner verlangen, „dass der Verkäufer die Sache von Dispositionsbeschränkungen befreie, welche auf ihr liegen“.[2] So war der Verkäufer haftbar für das Nichtbestehen eingetragener Hypotheken auch ohne Eviktion.

4. Dem Verschaffungsprinzip näherten sich manche Lehrsätze der deutschen naturrechtlichen Schule, welche die Abfassung des preussischen Allgemeinen Landrechts und des *code civil* beeinflusste. Jene Sätze fussten auf den Thesen der Romanisten und Kanonisten des 15. und 16. Jahrhunderts über den Kauf fremder Sachen.

a) Nach kanonischer Anschauung[3] und nach naturrechtlicher Lehre[4] übernimmt jeder Besitzer, somit auch der schlecht- oder gutgläubige Käufer einer fremden Sache, durch die Übernahme der Sache die *obligatio restituendi* gegenüber

---

[1] Windscheid, Pandekten, Bd. II., § 389, Note 8 b (S. 610).

[2] Windscheid, a. a. O., Bd. II., § 389, Note 8 b, a. E.

[3] Ludw. Lopez, *tract. de contractibus et negotiationibus,* lib. I., cap. II., S. 6 f.

[4] Grotius, *de jure belli ac pacis,* lib. II., cap. 10., num. I., X., S. 189 f., 200.

dem Eigentümer. Der hieraus ableitbaren Folgerung, dass der Verkäufer, der dem Käufer die Kaufsache nicht so übergeben hat, dass dieser sie als sein rechtmässig erworbenes Eigentum behalten darf, nur unrechtmässigen Besitz übertrage und damit den Kaufvertrag, welcher auf Übertragung des rechtmässigen Besitzes, des Eigentums, gerichtet sei, nicht erfülle,[1] näherten sich einige Kanonisten,[2] zwar nur in kasuistischen Entscheidungen, aber doch die späteren Anschauungen beeinflussend, so dass Schriftsteller und Gesetzgeber neue Prinzipien für die Haftung des Verkäufers aufzustellen bemüht waren.

b) Der Satz des römischen Rechtes, dass der Kauf fremder Sachen gültig sei, galt theoretisch nach den meisten Autoren, ferner zu aller Zeit nach gemeinem Recht weiter. Praktisch unterhöhlten ihn die Kanonisten. Sie erweiterten den Satz der Glosse,[3] dass der Kauf einer *res furtiva* bei Kenntnis der Furtivität seitens des Käufers nichtig sei, unter Ausdehnung des Begriffes der Furtivität dahin, dass grundsätzlich der Kauf in allen Beziehungen, also auch zwischen den Kontrahenten, als nichtig galt, wenn bei seinem Abschlusse der Verkäufer und der Käufer wussten, oder nur der Käufer wusste oder fahrlässigerweise nicht wusste, dass die Kaufsache einem der Veräusserung nicht zustimmenden Dritten gehöre.[4] Um das Gewissen beider Teile auch bei „gutgläubigem" Kaufe zu salvieren, lehrte Navarrus[5] für

[1] Loenartz, Die Restitutionspflicht des Besitzers fremden Gutes, S. 127.

[2] Vgl. *Joh. Azorius, institutiones morales,* pars III., lib. 8, caput 1, Absatz *„tertio quaeritur"* (Spalte 501, Randnote C.).

[3] Glosse des Baldus vor § *item si emptor* der *lex si in emptione ff. de contrah. emptione* (l. 34 § 3 D. 18, 1).

[4] Dies galt für bewegliche Sachen, für Immobilien nicht dasselbe, weil der Begriff des *furtum* nur für Mobilien angewendet wurde, aber ähnliches. Vgl. Sigism. Scaccia, *tract. de commerciis et cambio,* § 1 quaestio I., Randnote 556, *exemplifica sexto* usw. (S. 95 unten, S. 96) und § 1 quaestio VII. par. II. ampliatio 19, Randnote 82, *infero sexto* usw. (S. 268 ff.).

[5] Martin de Azpilcueta (Navarrus), *consilia et responsa,* lib. III. in titul. XVII. *(de empt. et vendit.)* consil. V., num. 18 (S. 180, Spalte 2 oben).

den Verkäufer, dass er von dem schlechtgläubigen Käufer nicht auf Tradition der verkauften fremden Sache belangt werden durfte, Dominicus Soto,[1] dass der Verkäufer bei nachträglicher Kenntnisnahme davon, dass er eine fremde Sache dem Käufer übergeben habe, dieselbe von dem Käufer unter Rückgabe des Kaufpreises zurückzuholen und dem Eigentümer zuzustellen habe. Für den Käufer lehrte man,[2] er habe bei dem Abschlusse des Kaufes und nachher jeden aufsteigenden Zweifel über die Befugtheit seines Sachbesitzes durch Erkundigungen *morali diligentia* zu heben und, wenn dies nicht gelungen sei, die Kaufsache, sei es dem Verkäufer, sei es an den Dritten zurückzugeben. Einige Kanonisten[3] erklärten den Kauf fremder Sachen schlechthin für nichtig.

Die Nichtigkeit des Kaufes fremder Sachen fand in der deutschen Literatur und Gesetzgebung des 16. bis 18. Jahrhunderts nicht viel Verteidiger. Partikularrechtlich[4] wurden Kaufgeschäfte über gewisse, nicht über alle fremden Sachen, so der Verkauf von Mündelgütern, spoliierten Gütern verboten. Solche Verbote machten aber die bezüglichen Käufe

---

[1] Dom. Soto, de justitia et jure, lib. IV., quaestio VII., artic. II., Text zur Randnote *dubium de vendente bona fide rem a latrone emptam* und zur folgenden Note (S. 131 v. u. unten, S. 132).

[2] *Lodovicus Molina, de justitia et jure,* tom. III., pars post., disput. 721, num. 3 bis 5, S. 1534 f.; Scaccia, a. a. O., § 1 quaest. VII., par. II., ampliat. 19, Randnote 82 (S. 269).

[3] Molina, a. a. O., tom. III. pars post., disput. 721, num. 8 zu Anfang (S. 1536), widerlegt diese Ansicht einiger *juniores theologi.* Er selbst schliesst sich dem an, was die Glossatoren lehrten (vgl. oben S. 54, Anm. 3); vgl. Molina, a. a. O., tom. II., tract. II., disput. 327, Randnote 6 (S. 314). Henricus de Hoitan erklärte den Verkauf einer fremden Sache für nichtig, weil sein Vollzug ein *furtum,* ein Delikt, eine unerlaubte Handlung darstelle (vgl. *Medina, de poenitentia restitutione et contractibus,* tom. II, quaestio XXXVII., S. 223 f.), Lopez (a. a. O., lib. I., cap. II., S. 5 unten) berief sich darauf, dass der Kauf nicht existierender Sachen ungültig sei; da nun eine fremde Sache sich im Eigentum des Dritten befinde, nicht im Eigentum des Verkäufers, so sei sie hier *(„in potestate venditoris")* nicht vorhanden, mithin ihr Verkauf als Verkauf nicht existenten Objekts nichtig.

[4] So z. B. in A. L. R. I. 11, §§ 159 ff.; *Cod. Theres.* III. Teil, cap. IX., § III., num. 29, 30 (S. 141).

meistens[1] nicht rechtsgeschäftlich nichtig, sondern nur dinglich unwirksam unter Androhung strafrechtlicher oder auch privatrechtlicher Nachteile für den bösgläubigen Käufer.

c) Um die Mitte des 18. Jahrhunderts stellte der naturrechtliche Philosoph Christian B. Wolff eine Lehre vom Kaufe fremder Sachen auf, welche das Vorbild für die Bestimmungen des preussischen Allgemeinen Landrechts und von Einfluss für den *code civil* wurde. Nach Wolff[2] gehört zum Begriff des Kaufvertrages die Übertragung des Eigentums an der Kaufsache durch den Verkäufer. Dieser ist demnach[3] verpflichtet, das Eigentum der Kaufsache auf den Käufer zu übertragen. Das Eigentum geht durch den Kaufabschluss über,[4] mit welchem der Vollzug der Leistung des Verkäufers zusammenfällt.[5] Der Verkäufer der fremden Sache hat bei der Bewirkung seiner Sachleistung kein Eigentum, kann daher die ihm obliegende Leistung, Eigentum zu übertragen, nicht machen; die so vorhandene Unmöglichkeit der Leistung macht den Kaufvertrag nichtig.[6] Wird eine fremde Sache verkauft und tradiert, so ist kein Kaufvertrag, sondern nur *traditio rei* vorhanden.[7] Hat der Verkäufer ein *dominium futurum* (z. B. an der erst in Zukunft entstehenden Sache), so ist der Kauf der betreffenden Sache wirksam gültig, weil das zukünftige Eigentum übertragen werden kann[8] und in dem Kaufgeschäft übertragen wird. Desgleichen ist der Kauf, wenn der Käufer bedingtes Eigentum hat, gültig als bedingte Veräusserung.[9] — Die Nichtigkeit des Kaufes benimmt nicht die Eviktionsansprüche,

---

[1] Rabel, a. a. O., S. 271.

[2] Wolff, *jus naturae*, Teil IV., cap. IV., §§ 938, 939.

[3] Wolff, a. a. O., § 939.

[4] Wolff, *jus naturae*, Teil III., cap. I., § 13. So auch der *code civil*, nicht das preussische Allgemeine Landrecht.

[5] Wolff, *jus naturae*, Teil IV., cap. IV, § 938.

[6] Wolff, a. a. O., § 940; Wolff, *institutiones juris naturae et gentium*, § 593 (S. 328).

[7] Wolff, *jus naturae*, Teil IV., cap. IV., § 941.

[8] Wolff, *jus naturae*, Teil IV., cap. IV., § 948.

[9] Wolff, a. a. O., §§ 945 bis 948, 950.

welche mindestens den Kaufpreis umfassen.[1] Die Ersatzpflicht des Verkäufers setzt die geschehene Eviktion voraus, weil das Eigentum des Verkäufers stets zu vermuten, diese Vermutung durch den Nachweis des vorhandenen Rechtsmangels zu entkräften und zu diesem Beweise die Eviktion dienlich ist.[2]

Für Wolff ist ein Kaufvertrag ohne den begleitenden Willen zu sofort zu verwirklichender Rechtsübertragung nur ein *pactum de vendendo*.[3] Nichtig ist (wegen Unmöglichkeit der versprochenen Leistung) das Versprechen, eine fremde Sache zu geben,[4] ebenso nichtig das Versprechen, dass ein Dritter etwas tue oder gebe.[5] Gültig ist jenes wie dieses insofern, als es für stillschweigend dahin abgegeben angesehen wird, dass der Verkäufer sich verpflichtet, nichts zu unterlassen, was er tun kann, um das Tun des Dritten, den Erwerb der Kaufsache von dem Dritten zu erlangen.[6] Ferner ist das Versprechen fremder Handlung als ein Versprechen gültig, durch welches Promittent unter der negativen Bedingung *nisi tertius fecerit* ein eigenes *factum*, z. B. die Leistung des Wertes der fremden Handlung oder dergleichen, verspricht.[7] Hat die Bemühung des Verkäufers, das Tun des Dritten oder den Erwerb der fremden Sache herbeizuführen, keinen Erfolg, so ist die bezügliche Verpflichtung erfüllt und damit das mit ihrer Übernahme, wie wir sahen, abgeschlossene *pactum de vendendo* gegenstandslos, hinfällig geworden; der Verkäufer haftet nicht mehr.[8]

II. Das preussische Allgemeine Landrecht gibt sowohl allgemeine Grundsätze über die Gewährleistung für alle entgeltlichen Verträge[9] (A. L. R. II., 5) als eine spe-

---

[1] Wolff, a. a. O., § 1166, Anm.
[2] Wolff, a. a. O., §§ 1183 f.
[3] Wolff, a. a. O., §§ 969 ff.
[4] Wolff, *jus naturae*, Teil III., cap. IV., § 656.
[5] Wolff, a. a. O., § 602.
[6] Wolff, a. a. O., §§ 602, 658.
[7] Wolff, a. a. O., § 605.
[8] Wolff, a. a. O., § 660, § 534.
[9] Für gegenseitige Verträge auf Geben, für Verträge über ein verdungenes Werk, für Verträge, auf Grund deren eine Sache zum

zielle Regelung der Gewährpflicht bei einzelnen Verträgen, so für den Kauf in Teil I., Titel 11, Abschnitt I. Auf die Gewährleistung wegen Rechtsmängel beziehen sich im Teil I., Titel 5 die §§ 317 bis 324, 333 bis 336, 344, 345 — zum Teil (§§ 324, 336) verweisend auf Titel 11 —, im Teil I., Titel 11 die §§ 136 bis 191, ferner für den Forderungskauf A. L. R. I. 11, §§ 376 ff., besonders § 381, § 420[1], endlich für den Erbschaftskauf A. L. R. I., 11, §§ 484 bis 504.

1. Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer das Eigentum der Kaufsache abzutreten (A. L. R. I. 11, § 1). Er ist nicht verpflichtet, Eigentum schlechthin zu verschaffen, sondern er hat die Sache dem Käufer so zu gewähren, dass er sie als[2] sein Eigentum hat (A. L. R. I. 11, § 135) und sie vertragsmässig gebrauchen kann (A. L. R. I. 5, § 318).

Der Verkäufer ist verpflichtet, die verkaufte Sache zu übergeben (A. L. R. I. 11, § 76), überdies bei Grundstücken, „alles zu tun, was von seiner Seite erforderlich ist, um die gerichtliche Zuschreibung an den Käufer zu bewilligen" (A. L. R. I. 11, §§ 125, 126), d. h. seit der Geltung des Eigentumserwerbsgesetzes vom 5. Mai 1872: in der Auflassung die Eintragung des Käufers als Eigentümer zu bewirken. Das verkaufte dingliche Recht an fremder Sache hat der Verkäufer dem Käufer zu übertragen und durch die Gestattung seiner Ausübung einzuräumen, die verkaufte Forderung abzutreten.

Der Verkäufer ist verpflichtet, zu tun, was in seiner Macht steht, das verkaufte Recht oder das Eigentum der Kaufsache zu verschaffen; er ist nicht verpflichtet, schlechthin das bezügliche Recht zu verschaffen.

---

dauernden Gebrauch gegeben wird (z. B. Pacht, Miete), nicht aber für andere Verträge, welche auf Handlungen gehen. (Förster-Eccius, Preussisches Privatrecht, Bd. I., § 84, III., Abs. 2).

[1] A. L. R. I. 11 handelt in Abschnitt III. „von Abtretung der Rechte".

[2] *Tanquam suam* soll der Käufer die Kaufsache erhalten; vgl. Rabel, a. a. O., S. 283, Note 2, S. 284, Note 3; Förster-Eccius, a. a. O., Bd. II., § 125, A. 4, Anfang.

2. Die Haftung des Verkäufers wurde erleichtert durch den Rechtssatz, dass nach dem Kauf einer Sache „bei einer öffentlichen Versteigerung, von dem Fisko oder in dem Laden eines Kaufmannes, welcher die Gilde gewonnen hatte", eine Vindikation der gekauften Sache aus der Hand ihres Käufers unzulässig sei (A. L. R. I. 15, §§ 42, 43), so dass in solchen Fällen dem Käufer das Fehlen des Eigentums nicht schadete. Nach dem Gesetz vom 5. Mai 1872 (über den Eigentumserwerb usw.) genoss der redliche Käufer von Grundstücken und Rechten an solchen in einer Reihe von Fällen Schutz in dem ungestörten Besitze des Kaufobjektes und erhielt in anderen Fällen das Eigentum oder das gekaufte Recht, auch wenn der Verkäufer es nicht gehabt hatte. War für den Käufer eines Grundstücks oder eines Rechtes an einem Grundstück das Eigentum oder das Grundstücksrecht im Grundbuch eingetragen worden, ohne dass es der Verkäufer gehabt hatte, so blieb das eingetragene Recht des Käufers gegenüber dem wahren Berechtigten in Kraft, sofern der Käufer die Unrichtigkeit des Grundbuches nicht, auch ohne grobe Fahrlässigkeit nicht, gekannt hatte.[1] Unter dieser Voraussetzung erwarb der Käufer sein Recht auch frei von allen im Grundbuch nicht eingetragenen Rechten, welche zu ihrer Wirksamkeit gegen Dritte der Eintragung bedürfen.[2]

3. Als Rechtsmängel machen den Verkäufer einer Sache haftbar:

a) Ansprüche Dritter (A. L. R. I. 5, §§ 323, 324; I. 11, § 136), Eigentumsansprüche, oder dingliche Rechte, welche zur völligen oder zur teilweise eintretenden Entziehung des Besitzes oder der vertragsmässigen Benutzung der Kaufsache führen können.

b) Belastungen verkaufter Grundstücke[3], welche nicht

---

[1] Gesetz über den Eigentumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke usw., § 9, Abs. 2; Förster-Eccius, a. a. O., Bd. I., § 23a, S. 131 f., Bd. III., § 178, S. 271 oben.

[2] Dernburg, Lehrbuch des preussischen Privatrechts, Bd. I., § 202, S. 467; Eigentumserwerbsgesetz, § 12.

[3] Nur solche kommen hier in Betracht, vgl. Förster-Eccius, a. a. O., Bd. I., § 86, III. 2, S. 516; A. L. R. I. 11, § 175.

im obigen Sinne zur Entziehung führen. Gemeine Lasten öffentlichen Rechts, z. B. Grundsteuern, machen nur dann haftbar, wenn der Verkäufer bei dem Abschluss des Kaufvertrages ihr Vorhandensein geleugnet oder ihr Fehlen garantiert hat (A. L. R. I. 11, § 175; weiterer Spezialfall: §§ 176, 177 ib.). Bei Privatlasten (Grunddienstbarkeiten, Abgaben aus dinglichen Rechten, z. B. aus Emphyteusis) wird unterschieden: ist die Last in der Provinz gewöhnlich, d. h. allen Grundstücken derselben Art in der Provinz gemeinsam, so macht sie nur dann haftbar, wenn ihr Fehlen ausdrücklich versprochen war (A. L. R. I. 5, §§ 333, 334); ist sie ungewöhnlich, d. h. nicht allen Grundstücken derselben Art in der Provinz anhaftend,[1] so muss der Verkäufer ihr Vorhandensein bei dem Kaufabschlusse dem Käufer anzeigen,[2] anderenfalls für sie haften wie für den Mangel einer gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaft (A. L. R. I. 5, §§ 335, 336; I. 11, § 183). Privatschulden aus dinglichem Recht (z. B. Grundschulden), welche als Ausfluss des dinglichen Rechtes der Sache anhaften und auf ihren Erwerber übergehen, machen den Verkäufer stets haftbar,[3] falls nicht der Käufer sie ausdrücklich übernommen hat (A. L. R. I. 11, § 184).

c. Der Mangel einer ausdrücklich bedungenen oder stillschweigend vorausgesetzten Rechtseigenschaft, kraft deren der Käufer eine über den blossen Besitz der Kaufsache hinausgehende Befugnis haben sollte, die sich dann als unbegründet herausstellt, z. B. die Lehenseigenschaft des verkauften Grundstückes, die Kursfähigkeit des verkauften Inhaberpapiers (A. L. R. I. 5, §§ 319, 324, 344; I. 11, § 192 ff.).

4. Der Verkäufer einer Forderung haftet dem Käufer

---

[1] Z. B. der Altenteil, Pachtrechte.

[2] Nicht so weit ging römisches Recht, vgl. oben § 3, S. 24, Anm. 2, weiter geht B. G. B. § 444.

Die Anzeigepflicht fällt weg, wenn der Käufer auf andere zuverlässige Weise von der fraglichen Belastung Kenntnis erhielt (Förster Eccius, a. a. O., Bd. I., § 86, III. zu Note 26).

[3] Ebenso Vormerkungen für solche Rechte.

für die Richtigkeit, Rechtsgültigkeit und Sicherheit derselben.[1] Der Verkäufer eines Wertpapieres hat auch dafür einzustehen, dass es nicht zum Zwecke der Kraftloserklärung aufgeboten ist.[2]

5. Der Kauf fremder Sachen ist unter bestimmten Voraussetzungen unwirksam, im allgemeinen gültig. Die §§ 40 ff. Tit. 5, § 139 Tit. 11 des A. L. R. Teil I. bestimmen: „Haben beide Teile ausdrücklich über fremde Sachen oder Rechte einen Vertrag geschlossen, so ist anzunehmen, dass der eine sich nur verpflichten wollen, den Dritten zum Besten des andern zu einer dem Vertrage gemässen Handlung zu vermögen" (§ 46). „Kann diese Absicht . . . . . nicht angenommen werden, so hat dergleichen Vertrag keine rechtliche Wirkung" (§ 47); dann also ist der ausdrücklich über fremde Objekte abgeschlossene Vertrag nichtig. „Hat derjenige, welcher die fremde Sache verspricht, für den Erfolg zu stehen, sich ausdrücklich verpflichtet", so „muss er bei nicht bewirkter Handlung (des Dritten) dem andern vollständige Genugtuung leisten" (§§ 49, 45). Auf die Gewährleistung bei dem Kaufe geht A. L. R. I. 11, § 139: „haben beide Teile ausdrücklich über eine fremde Sache kontrahiert, so ist das Geschäft als ein Vertrag, wodurch die Handlung eines Dritten versprochen worden, zu beurteilen" (Tit. 5 §§ 40 squ.), demnach der die Handlung versprechende Verkäufer in der Regel nur verpflichtet, „seine Bemühungen zur Bewirkung der versprochenen Handlung anzuwenden" (§ 40); „erhellet aus dem Vertrage, dass der Versprechende nicht bloss seine Bemühungen anzuwenden, sondern wirklich für den Erfolg zu stehen übernommen

---

[1] Bei Forderungen, welche in das Hypothekenbuch eingetragen sind, haftet der Verkäufer für die Sicherheit der Forderung „nur alsdann, wenn er solches ausdrücklich übernommen hat" (A. L. R. I. 11, § 427). Bei anderen Forderungen haftet der Verkäufer dann nicht, wenn ihm die Gewährleistung ausdrücklich erlassen oder ihm die Forderung ausdrücklich als zweifelhaft abgetreten worden ist (A. L. R. I. 11, § 430).

[2] Entsch. des R. G. bei Gruchot, Beiträge, Bd. 28, num. 42, S. 905, und des R. O. H. G. Bd. 16, num. 7, S. 22 ff.

habe, so muss er bei nicht bewirkter Handlung dem andern vollständige Genugtuung leisten“ (§ 45).

An die stillschweigend übernommene Verpflichtung Wolffs zur *omnis diligentia* (vgl. oben S. 57 zu Anm. 6) erinnern die Bestimmungen der §§ 46, 40 (A. L. R. I. 5). Seiner Lehre, dass ohne das Versprechen eigenen Tuns (vgl. oben S. 57 zu Anm. 7) und Haftung daraus auf Genugtuung das Versprechen über fremde Sachen oder Handlungen nichtig sei, entspricht die Regelung der §§ 47, 49, 45. Aber das Allgemeine Landrecht spricht nur von dem ausdrücklich über fremde Objekte abgeschlossenen Vertrage bezw. Kaufgeschäft. Daher ist der Kauf, bei welchem die Parteien nicht zum Ausdruck gebracht haben, dass es sich um fremde Gegenstände handle, gültig[1] und verpflichtet den Verkäufer zur Rechtsverschaffung gemäss A. L. R. I., 11.

Die Bestimmungen des A. L. R. I. 5, §§ 40 ff. verpflichten den Versprechenden unter bestimmten Voraussetzungen, Bemühungen zur Bewirkung der dem Vertrage gemässen Handlung des Dritten vorzunehmen, eventuell auch völlige Genugtuung zu leisten; ebenso verpflichtet A. L. R. I., 11, § 139 den Verkäufer fremder Sachen. Aber der

---

[1] Rabel, a. a. O., S. 276 ff. bezeichnet diese durch die neuere Praxis des Obertribunals und des Reichsgerichts angenommene Folgerung mit Unrecht als abwegig. Mag auch das rechtliche Motiv der Unwirksamkeit für die fraglichen Verträge nach dem Gesetze, welches von der Wolffschen Doktrin (vgl. oben S. 56 zu Anm. 6) beeinflusst war und die §§ 40 ff. unmittelbar vor der Regelung der Unmöglichkeit der Leistung bringt, in der weiterstreckten Unmöglichkeit der Leistung zu suchen sein, so hat das Gesetz doch dadurch, dass es nur den ausdrücklich über fremde Objekte vereinbarten Vertrag für unwirksam erklärte, kundgetan, dass diese Erklärung nur für solche ausdrücklichen Vereinbarungen gelte. Dass der Carmersche Entwurf (Teil II., Titel II., §§ 43 bis 46) von dem „ausdrücklich“ über fremde Objekte abgeschlossenen Vertrage nichts enthielt, nur Verträge behandelte, „worin jemand die Handlung eines dritten verspricht“ und erst in Teil II., Titel VIII., § 169 unter den Kaufvorschriften für den Fall, dass „beide Teile ausdrücklich über eine fremde Sache kontrahiert“ haben, auf die Vorschriften des Titel II., § 43 sequ. verwies, so dass das Wort „ausdrücklich“ vielleicht nach dem Muster des § 139 A. L. R. I. 11 (entsprechend dem Entwurf II. 8, § 169) später eingefügt wurde, ist be-

hierin liegende Schritt in der Richtung zur Rechtsverschaffungshaftung wurde erfolglos durch die anderweit getroffene Regelung der Haftung des Verkäufers nach Eviktionsrecht.

6. Zu vertreten hat der Verkäufer in der Regel nur die zur Zeit der Übergabe[1] der Kaufsache anhaftenden Rechtsmängel. Er hat die auf das verkaufte Grundstück nachträglich, aber noch von der Besitzzeit des Verkäufers her verteilten Beträge öffentlicher Lasten, ferner dergleichen Zinsen und Rückstände übernommener Privatlasten zu tragen (A. L. R. I. 11, § 182). Ebenso hat der Verkäufer, falls die Verpflichtung zur Entrichtung schon zur Besitzzeit des Verkäufers bestand, wenn auch die Ausschreibung oder Verteilung erst nach der Übergabe der Kaufsache geschah, zu entrichten: Feuerversicherungsbeiträge, ausserordentliche öffentlichrechtliche Belastungen des verkauften Grundstücks (z. B. Kriegssteuern), Brandschatzungen (A. L. R. I. 11, §§ 180, 181). Werden in der Zeit zwischen Kaufabschluss und Übergabe neue öffentliche „fortwährende" Lasten auf die Kaufsache gelegt, so hat der Käufer das Recht, von dem Kaufvertrage zurückzutreten, nicht aber einen An-

---

deutungslos gegenüber der Tatsache, dass es im geltenden Gesetze steht. Das Gesetz ist vielleicht durch den Gedanken an unerlaubte, bezw. nach Parteiabsicht garantielose Geschäfte dazu bestimmt worden, gerade den ausdrücklich über fremde Objekte abgeschlossenen Vertrag für unwirksam zu erklären und nur ihn, so dass der nicht ausdrücklich über fremde Objekte vereinbarte Vertrag *per arg. e contrario* gültig ist. Der Vertrag letzterer Art ist nicht etwa *per analogiam* ungültig. Denn die *ratio* des Gesetzes, dass der ausdrücklich über fremde Objekte bezw. Handlungen geschlossene Vertrag wegen Unmöglichkeit der Leistung nichtig sei, fehlt bei den bezüglichen, nicht ausdrücklichen Vereinbarungen: die Leistung ist zumeist nur subjektiv unmöglich, so dass der Vertrag gültig bleibt. Er bleibt in diesen Fällen begrifflich gültig auch da, wo das Gesetz ihn als „ausdrücklich" vereinbarten unwirksam sein lässt, so dass auch die Annahme, wegen Unmöglichkeit der Leistung sei der ausdrücklich vereinbarte Vertrag nichtig, nur eine von dem Gesetz aufgestellte und nur für die von ihm geregelten Tatbestände angewendete Begründung bildet.

[1] Bei Grundstücken zur Zeit der Auflassung (seit dem Eigentumserwerbsgesetz vom 5. Mai 1872).

spruch auf Nachlass am Kaufpreise (A. L. R. I. 11, §§ 178, 179).

Der Käufer kann einen Eviktionsanspruch gegen den Verkäufer nur dann geltend machen, wenn die Eviktion aus einem dem Kaufe vorhergehenden Grunde geschehen war.[1]

7. Die Ansprüche des Käufers wegen rechtlicher Mängel des Kaufobjektes. Der Verkäufer haftet ohne Rücksicht auf *dolus*, *culpa*, ja selbst auf einen Irrtum (A. L. R. I. 11, § 185).

a) Aus dem Kaufvertrage entspringt der Anspruch auf Befreiung der Kaufsache von den auf ihr lastenden Verbindlichkeiten; er kann ohne weitere Voraussetzung von dem Käufer geltend gemacht werden (vgl. unten num. 8).

b) Beansprucht ein Dritter das Kaufobjekt, bevor es durch den Verkäufer dem Käufer übergeben oder übereignet wurde, so wird dadurch der Verkäufer an der Erfüllung des Vertrages (z. B. in der Übergabe) gehindert; der Käufer kann nun ebenfalls ohne weiteres wegen Nichterfüllung des Kaufvertrages seine eigene Leistung zurückhalten und Entschädigungsansprüche gegen den Verkäufer geltend machen. (Vgl. unten num. 9.)

c) Ist aber der Kaufvertrag durch den Verkäufer bereits äusserlich erfüllt, z. B. die Kaufsache übergeben worden, so ist der blosse Mangel im Recht noch kein Anlass zu einem gegen den Verkäufer zu erhebenden Anspruch, vielmehr sind für diesen Fall die Rechte des Käufers wegen eines Rechtsmangels, mit Ausnahme der auf Lasten des Kaufobjektes gegründeten Ansprüche, ausschliesslich erst mit erfolgter Eviktion zuständig (A. L. R. I. 11, §§ 153 ff.). Über den Entwehrungsanspruch vgl. unten num. 10.

d) Privatschulden verpflichten zunächst zur Beseitigung der Last und zur Sicherung des Käufers dagegen, dass nicht

---

[1] Dernburg, Preussisches Privatrecht, Band II., § 148, num. 3, S. 397.

in der Folge[1] eine Eviktion eintrete. Zwecks dieser Sicherung muss der Verkäufer die Löschung vorhandener Grundbucheinträge ermöglichen. Die Beseitigung solcher Einträge, desgleichen der Ersatz der von dem Käufer zur Löschung gemachten Aufwendungen ist Erfüllung einer Vertragspflicht;[2] ihre Unterlassung macht haftbar wegen Nichterfüllung. Ferner macht eine Privatschuld nach Entwehrung haftbar auf Schadensersatz für die Entwehrung.

e) Das Vorhandensein gemeiner Lasten öffentlichen Rechts und von Privatlasten, ebenso das Fehlen von Rechtseigenschaften gibt dem Käufer nach vergeblich geforderter Nachgewähr die Wandelungs- oder die Minderungsklage.

8. Die Befreiung der Kaufsache von den auf ihr lastenden Verbindlichkeiten gehört zur Erfüllung des Kaufvertrages.

Nach A. L. R. I. 5, § 317 gehört auch die Leistung der Gewähr für Mängel zur Erfüllung eines Vertrages. Die Haftung des Verkäufers wegen Rechtsmängel ist aber nach dem Allgemeinen Landrecht in der Hauptsache eine erst durch Eviktion entstehende Verbindlichkeit zur Erfüllung der im Kaufvertrage übernommenen Pflicht zu *habere licere praestare;* sie ist zu einem Teil eine der ädilitischen analoge Haftung; in einigen Fällen ist sie eine Haftung wegen Nichterfüllung des Kaufvertrages.

9. Kommen vor erfolgter Bezahlung des Kaufpreises Ansprüche eines Dritten an der Kaufsache zum Vorschein, so kann der Käufer nach A. L. R. I. 11, § 222 einen entsprechenden Teil des Kaufpreises zurückhalten und[3] deponieren. Es ist nicht erforderlich, dass die Ansprüche des Dritten schon geltend gemacht sind; es muss nur feststehen, dass sie mit Erfolg geltend gemacht werden können. Der Verkäufer kann nach A. L. R. I. 11, § 223 durch Kautions-

[1] Denn in diesen Fällen liegt zugleich auch ein dingliches Recht vor, welches zur Eviktion führen kann.

[2] Förster Eccius, a. a. O., Bd. I., § 86, III., S. 518.

[3] Entscheid des Obertribunals, Bd. 28, S. 1 ff. (Rehbein, Die Entsch. des Obertrib., Bd. II., S. 110 bis 117).

stellung die Zurückhaltung des Kaufpreises seitens des Käufers verhindern.

10. Für den Käufer entsteht mit geschehener Eviktion der Entwehrungsanspruch. Die Eviktion liegt vor, wenn dem Käufer das vertragsmässige Recht auf Grund eines gegen ihn erhobenen Rechtsstreits oder aus einem gegen den Verkäufer ergangenen, dem Käufer gegenüber vollstreckbaren Urteil entzogen wird. Im Rechtsstreit mit dem Dritten muss der Käufer nach A. L. R. I. 11, §§ 143 ff., später nach C. P. O. §§ 69 bis 72 (alt), den Streit verkünden oder dem Verkäufer beweisen, dass der Drittanspruch ein begründeter war; auch kann bei unterlassener Streitverkündung der Verkäufer dieselben Verteidigungsmittel, die er im Eviktionsprozess gegen den Dritten hätte gebrauchen können, nunmehr gegen den Mängelanspruch des Käufers verwenden (A. L. R. I. 11, § 141; vgl. ferner die — oben § 4, S. 42, Anm. 2 dargelegten — Vorschriften der [alten] C. P. O. §§ 65, 71, Abs. 3). In bestimmten Fällen kann die Streitverkündung unterbleiben.[1]

Der Entwehrungsanspruch des Käufers geht auf Ersatz[2] dessen, was die Parteien für den Fall einer Entwehrung (Eviktion) im voraus vereinbart[3] haben (A. L. R. I. 11, § 153). Ist nichts vereinbart worden, so ist zu unterscheiden:

a) Die ganze Kaufsache ist evinziert. Zu ersetzen ist zunächst, was der Käufer für die evinzierte Sache geleistet hat, ferner der von dem Käufer etwa noch ausserdem erlittene Schaden. Der Käufer darf aber dem Verkäufer nicht den vom Evinzenten aus dessen Einlösungspflicht[4] erhaltenen

---

[1] Vgl. A. L. R. I. 11, § 148; C. P. O. § 68; ferner A. L. R. I. 11, § 147.

[2] Die gemeinrechtliche Fixierung des Höchstbetrages für zu ersetzenden Schaden (vgl. oben § 4, II. 6, S. 46 zu Anm. 2) ist im Allgemeinen Landrecht nicht enthalten.

[3] Anklang an den römischen Satz, dass die Parteien einen beliebigen Ersatzbetrag stipulieren konnten.

[4] Der redliche Käufer kann von dem Vindikanten in der Regel den Ersatz des von ihm für die Kaufsache dem Verkäufer Geleisteten,

Betrag in Rechnung stellen (A. L. R. I. 11, § 154). Ferner hat der Verkäufer zwar stets den durch die Eingehung des fraglichen Kaufvertrages in Verbindung mit der späteren Eviktion dem Käufer erwachsenen wirklichen[1] Schaden zu ersetzen unter Einschluss der auf den Kaufabschluss verwendeten und bei dem Prozess mit dem Dritten aufgelaufenen Kosten (A. L. R. I. 11, § 156). Sind diese Kosten aber durch mitwirkendes Verschulden des Käufers in seinem weiteren Verhalten entstanden, so kann der Käufer insoweit Ersatz nicht verlangen (A. L. R. I. 11, § 155). Zinsen des Kaufgeldes hat der Verkäufer für die Zeit von der Erhebung der Eviktionsklage an zu erstatten, für die Zeit vorher nicht, weil der redliche Erwerber die während seiner Besitzzeit gezogenen Nutzungen behält, seine Redlichkeit aber durch die Erhebung der Eviktionsklage in Unredlichkeit verwandelt wird, so dass er die nunmehr gezogenen Beträge dem Evinzenten erstatten muss (A. L. R. I. 11, § 157; I. 7, §§ 189, 218, 222).

Hat der Käufer bei „Erkaufung der Sache nicht die gehörige Vorsicht angewendet, in Rücksicht des wahren Eigentümers", und, daher einem unredlichen Besitzer gleichgeachtet (A. L. R. I. 7, §§ 12 ff.), von dem Evinzenten nichts erstattet erhalten, so gebührt ihm von dem gutgläubigen Verkäufer die Herauszahlung des Preises und der Ersatz des wirklichen Schadens wie erwähnt, nach A. L. R. I. 11, §§ 161, 162, bei Unredlichkeit des Verkäufers der Preis und Zinsen desselben seit der Zustellung der Eviktionsklage (A. L. R. I. 11, § 163).

„Hat der Käufer gewusst, dass er eine fremde Sache

---

sowie seiner Verwendungen fordern (A. L. R. I. 15, §§ 25, 26, 27). Der Vindikant kann das dem Käufer erstattete Kaufgeld bezw. den für Nutzungen der Sache dem Käufer belassenen, nicht von ihm erhaltenen Betrag von dem Verkäufer ersetzt verlangen, falls dieser unredlich, z. B. im Bewusstsein des Rechtes des Vindikanten, die Sache besessen hat (A. L. R. I. 11, § 158; I. 5, § 15).

[1] Nicht auch entgangenen Gewinn, diesen nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit des Verkäufers (nach gemeinem Recht stets auch ohne Verschulden des Verkäufers (vgl. oben § 4, II. 6, S. 46).

kaufe", so hat er keinen Ersatzanspruch gegen den Verkäufer (A. L. R. I. 11, § 159). War auch der Verkäufer unredlich, so muss er das, was er aus dem Kaufvertrage als Preis oder sonst erhalten hat, dem Fiskus erstatten, da er durch seine Unredlichkeit nichts gewinnen soll (A. L. R. I. 11, § 160).

b) Ein Teil der Kaufsache ist evinziert. In bezug auf den nicht entwehrten Teil hat der Verkäufer den Kaufvertrag erfüllt, aber hinsichtlich der ganzen Kaufsache mangelhaft erfüllt. Daher gibt das Gesetz dem Käufer das Recht, von dem Vertrage gemäss den Vorschriften über die Gewährleistung für vorbedungene Eigenschaften mit der Wandelungsklage zurückzutreten, wahlweise mit dem Recht auf Schadensersatz, Preisminderung. Die Klage auf Preisminderung verlangt Schadensersatz; sie ist die Vertragsklage, nicht die Minderungsklage im eigentlichen (ädilitischen) Sinne *(actio quanti minoris)*.

Der Rücktritt kann erfolgen, wenn der Käufer die Kaufsache, soweit sie sich nach der Eviktion noch in seiner Hand befindet, herausgeben kann und will. Diesen Überrest muss der Käufer dem Verkäufer zurückgeben, darf aber davon abziehen, was der Evinzent dem Käufer als redlichem Besitzer zu vergüten hätte. Der Verkäufer muss die volle Gegenleistung des Käufers nach Abzug dessen erstatten,[1] was der Evinzent dem Käufer vergütet hat (A. L. R. I. 11, §§ 164 bis 166, 169). Die Zinsen des Kaufgeldes hat er gegen die von dem Käufer gezogenen Nutzungen aufzurechnen (A. L. R. I. 11, § 165).

Die Summe, auf welche der Kaufpreis zur Entschädigung des Käufers sich mindert, wird relativ berechnet nach der Proportion:

$$x : P = n : G,$$

x (der zu findende Betrag) zu P (dem Kaufpreise), wie n (der Wert des nicht evinzierten Teils) zu G (dem Wert des

[1] Diese Vorschrift erklärt sich aus dem Einfluss des naturrechtlichen Lehrsatzes: *in contractibus onerosis est observanda aequalitas* (Wolff, *institutiones*, pars. II., cap. XII., § 580 (S. 321).

gnazen Kaufgegenstandes). Die beiden letzteren Werte sind durch eine Schätzung zu ermitteln, für welche die Zeit der Eviktion massgebend ist. Wurde nach einem Anschlage verkauft, so sind die Werte nach diesem zu bemessen (A. L. R. I. 11, § 170).

11. Die Ansprüche des Käufers bei Lasten und bei dem Fehlen der Rechtseigenschaft.

a) Zunächst hat der Käufer ein klagbares Recht auf Nacherfüllung (A. L. R. I. 5, §§ 334, 335, 331, 325; I. 5, §§ 319, 324, 325; I. 11, §§ 192 ff.). Ist diese unmöglich oder nur in unbillig langer Frist bewirkbar, so hat der Käufer sofort die Wandelungs- respektive Minderungsklage.[1] Wird dem Verlangen auf Nacherfüllung von dem Verkäufer auch in angemessener Frist nicht genügt, so hat der Käufer zur Wahl den Wandelungsanspruch oder die Minderungsklage.

b) Mit der Wandelungsklage verlangt der Käufer seine eigene Leistung von dem Verkäufer zurück, bezw. er tritt mit ihr von dem Vertrage zurück. Er hat seinerseits dem Verkäufer zurückzugewähren, was dieser ihm leistete. Der Rücktritt bezw. die Klage auf Rückgewähr ist ausgeschlossen, wenn der Käufer die Kaufsache nicht „in dem Stande, in welchem er sie empfangen hat", zurückgeben kann oder will (A. L. R. I. 5, §§ 327, 328). Erfolgt die Rückgabe, so darf der Käufer Vorteile (z. B. aus genossenen Früchten, Verbesserungen) behalten (A. L. R. I. 5, § 327; I. 7, §§ 189 f.); hingegen hat er kein Recht auf Zinsen des Kaufgeldes,[2] muss auch die schon gezogenen noch vorhandenen Früchte mit herausgeben (A. L. R. I. 5, § 338).

c) Mit der Minderungsklage fordert der Käufer so viel Vergütung, als die Kaufsache wegen des Rechtsmangels „weniger wert ist" (A. L. R. I. 5, § 328). Die Vergütung ist der Betrag, um welchen der noch nicht bezahlte Kaufpreis sich mindert, bezw. der Betrag, welchen der Verkäufer

---

[1] Förster-Eccius, a. a. O., Bd. I., § 85, Note 7.
[2] Förster-Eccius, a. a. O., Bd. I., § 85, V., S. 510 oben.

von dem erhaltenen Kaufpreise zurückzugeben hat. Er berechnet sich relativ nach der Proportion:

$$W : m = P : P \div x,$$

aus welcher

$$P \div x = \frac{Pm}{W}, \quad P = \frac{Pm}{W} + x,$$

$$x = P \div \frac{Pm}{W}$$

sich ergibt und wobei W den Wert der rechtsmangelfreien Kaufsache, m den Wert der rechtlich mangelhaften Sache, P den vollen Kaufpreis und x den Betrag darstellt, um den der Kaufpreis zu mindern ist, damit die fragliche Vergütung herauskommt. Ist die Kaufsache völlig wertlos, so kann die Minderungsklage zwar noch angestellt werden, wirkt dann aber ebenso wie die Wandelungsklage: der ganze Kaufpreis ist zu erstatten, die Kaufsache zurückzugeben.

12. Das preussische Allgemeine Landrecht stellt Belastungen der Kaufsache durch Rechte Dritter den Sachmängeln am Kaufobjekt gleich. Es trennt die Haftung wegen Rechtsmangels von derjenigen wegen Sachmängel. Beide Haftungen gemeinsam umfasst A. L. R. I. 11, § 135[1], welcher den Verkäufer zur Gewähr des Sachgebrauches in rechtlicher und in physischer Hinsicht verpflichtet. Diese Formulierung ist nicht genau; die Sachmängelhaftung garantiert zunächst die Eigenschaft der Sache;[2] Rechtsmängel enthalten ein Fehlen von Rechtsstoff. — Die Normierung der Haftung für Rechtsmängel entlehnt manches der Sachmängelhaftung.[3] So gibt A. L. R. I. 11, § 161 wegen Rechts-

---

[1] Auch A. L. R. I. 5, § 318 stellt für beide Haftungen ein gemeinsames Prinzip auf und ordnet sie ihm in den Randrubriken der nachfolgenden Paragraphen unter.

[2] Allerdings lässt sich die Frage, was als nicht ausdrücklich bedungen, aber zu gewährende Sach-Eigenschaft zu gelten habe, nur nach dem gewöhnlichen bezw. dem vertragsmässig vorausgesetzten Gebrauche bestimmen, wie dies auch B. G. B. § 459 tut.

[3] Anklänge an eine Gleichstellung physischer Mängel des Kaufobjektes mit Rechtsmängeln desselben finden sich schon im früheren Recht. Unter dem Einfluss römisch-kanonistischer Doktrin über Furtivität bezeichnete die Frankfurter Reformation von 1578 und von

mangels einen Anspruch auf Kaufpreiserstattung, wie A. L. R. I. 5, § 326 die *actio redhibitoria* wegen Sachmängel; A. L. R. I. 11, §§ 164, 188, nehmen Bezug auf A. L. R. I. 5, §§ 325 ff (326), §§ 319 ff. (326). Der Käufer darf bei Lasten des Kaufobjektes und bei dem Fehlen rechtlicher Eigenschaften desselben eine Preisminderung verlangen, wie er bei Sachmängeln die *actio quanti minoris* hat (A. L. R. I. 5, §§ 334, 335, 331, 328; I. 11, §§ 192 ff.; I. 5, §§ 319, 328). A. L. R. I. 11, §§ 155, 162, 168, bei Zession auch § 424, geben dem Käufer die Schadloshaltung wie wegen Sachmängel bei Verschulden des Verkäufers; A. L. R. I. 5, § 320, bei Rechtsmängeln aber in bestimmtem Umfange auch ohne Verschulden des Verkäufers. Die Haftung für Lasten untersteht in mehreren Punkten[1] der Sachmängelhaftung. Wie die Ansprüche aus physischen Mängeln verjähren Ansprüche aus gewissen[2] rechtlichen Mängeln. Jedoch geschieht die Gleichstellung der Rechtsmängelhaftung mit derjenigen für Sachmängel im Allgemeinen Landrecht keineswegs prinzipiell, sondern nur in einzelnen Beziehungen. Der Käufer erhält nur äusserlich gleiche Rechtsmittel. Die Zusammenfassung beider Haftungen in A. L. R. I. 11, § 135 bezw. I. 5, § 318 geschieht nur zur Übersicht.

1611 in Teil II., Titel 9, § 5 (Orth, Frankfurter Reformation, Bd. II., S. 10) das Gestohlensein oder Geraubtsein des verkauften Pferdes als einen Hauptmangel desselben. Für Lasten der Kaufsache gaben schon die Glossatoren eine *actio quanti minoris;* doch haben sie, wie auch die spätere Wissenschaft die Lasten der Kaufsache nicht als Sachmängel betrachtet. Erst Wolff, (*jus naturae,* Teil IV., cap. IV. § 1178, S. 837) sah Lasten und überhaupt Rechte Dritter an der Kaufsache als *vitia rei* an, weil sie den Gebrauch der Sache wie Sachmängel beeinträchtigen.

[1] A. L. R. I. 11, § 183; I. 5, § 335 lassen den Verkäufer für ungewöhnliche Lasten nach den Vorschriften über den Mangel einer gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaft haften. A. L. R. I. 11, § 188 unterstellt den Normen des Titel 5 Lasten, aus deren Bestand zugleich die fehlerhafte Beschaffenheit der verkauften Sache sich ergibt.

[2] Bezüglich des Anfanges der Verjährungsfrist verschieden, im übrigen gleich verjähren nach A. L. R. I. 5, § 343 Ansprüche aus Sachmängeln, nach A. L. R. I. 5, § 344 Ansprüche aus Rechtsmängeln.

13. Regelmässig haftet dem Käufer wegen Rechtsmängel nur der Verkäufer selbst unmittelbar.[1] Ausnahmsweise kann dessen Vormann unmittelbar kraft gesetzlicher Fiktion der Zession in Anspruch genommen werden, wenn der Verkäufer in Vermögensverfall[2] geriet, das Landesgebiet verliess oder unbekannten Aufenthaltes ist (A. L. R. I. 11, §§ 149, 150). Jedoch stehen dem Vormann die gegen den Verkäufer als seinen Abkäufer (I.) begründeten Einreden auch gegen den Käufer (II.) zu (A. L. R. I. 11, § 151).

Nicht der Verpfänder, sondern der veräussernde Pfandgläubiger haftet wegen Rechtsmangels (A. L. R. I. 20, § 216 f.).

14. Der Verkäufer haftet nicht:

a) wegen eines Rechtsmangels, den der Käufer bei dem Abschluss des Kaufes kannte (A. L. R. I. 11, § 159), es sei denn, dass der Verkäufer die Beseitigung des Mangels versprochen hat.

b) Falls der Käufer seinen Ansprüchen aus der Haftung des Verkäufers wegen Rechtsmängel bei dem Abschluss des Kaufes oder später gültig entsagt (A. L. R. I. 5, § 348; I. 11, § 137). Hat aber hierbei der Verkäufer das Recht des Dritten gekannt, insbesondere wenn er es selbst begründet hatte, und dem Käufer verschwiegen, so haftet er wegen des bezüglichen Rechtsmangels trotz der Entsagung des Käufers (A. L. R. I. 11, § 138).

15. Die Verjährung der Ansprüche des Käufers. Nach A. L. R. I. 5, § 344 verjähren Ansprüche wegen solcher juristischer Eigenschaften (z. B. Fideikommissgutqualität) der Kaufsache oder solcher Befugnisse oder Belastungen derselben, welche als Mangel der Sache erscheinen, in einem Jahre bei Landgütern, in sechs Monaten bei städtischen Grundstücken, in drei Monaten bei beweglichen Sachen, gerechnet von der Kenntnis des Mangels an. Ansprüche

---

[1] Derjenige, welcher dem Verkäufer den rechtlich mangelhaften Gegenstand verkauft hatte, haftet dem Käufer mittelbar, wenn diesem der Rechtsmängelanspruch seines Verkäufers (Verkäufer II.) gegen den ersten Verkäufer von dem Verkäufer II. abgetreten worden ist.

[2] Das Gesetz spricht nur von dem formellen Konkurse, vgl. aber Koch, Kommentar, Bd. I., Note 49 zu A. L. R. I. 11, § 150.

wegen Eviktion der Kaufsache oder auf Befreiung von Schulden, für welche die Sache haftet, verjähren in der gewöhnlichen Frist von dreissig Jahren seit der Entstehung des Anspruches. Bei Teileviktion verjährt die Wandelungsklage in den erwähnten kurzen Fristen, die Interesseklage in dreissig Jahren. Wo das „Recht" des Käufers verjährt, verjährt nicht auch die Einrede aus dem Recht.[1]

16. Der Verkäufer einer Erbschaft haftet dem Käufer nur für das in Aussicht gestellte Erbrecht, nicht auch bezüglich der einzelnen im Nachlass vorhandenen Sachen oder Gerechtsame (A. L. R. I. 11, §§ 484, 485), es sei denn, dass der Verkäufer eine besondere Garantie für jene Einzelobjekte übernahm. Nach A. L. R. I. 11, § 487 muss der Verkäufer, wenn er dem Käufer „gar kein Erbrecht gewähren" kann, jenem den erhaltenen Kaufpreis zurückzahlen und nach Verhältnis der Schuld des Verkäufers bei Vertragsabschluss dem Käufer Schadensersatz leisten (A. L. R. I. 11, §§ 489, 490 [entgangener Gewinn nicht zu ersetzen], § 491). „Ein Gleiches findet statt, wenn der Verkäufer dem Käufer zwar ein wirkliches, aber mit Substitution oder Fideikommiss beschwertes Erbrecht verschafft[2] und die Belastung demselben nicht bekannt gemacht hat" (A. L. R. I. 11, § 488).

Der Verkäufer hat dem Käufer die Belege über die Erbschaftsansprüche zugänglich zu machen.[3]

III. Das Recht des **code civil.** Der *code civil* normiert die Haftung des Verkäufers wegen Rechtsmängel unter seinen Kaufvorschriften (libre III. titre VI *de la vente,* speziell chap. IV. *des obligations du vendeur,* artt. 1602 bis 1640, ferner chap. VII. *du transport des créances et autres droits incorporels,* artt. 1689 bis 1701, endlich einzelne Artikel an verschiedenen Stellen, z. B. art. 1583, art. 1599). Der *code civil* stellt für „synallagmatische" Verträge besondere Grund-

---

[1] Förster-Eccius, Bd. I., § 86, VIII. am Ende (S. 526) und § 85, Note 82 (S. 513).

[2] Mit dem Abschlusse des Kaufes geht das Eigentum der Nachlasssachen, eine Nachlassforderung u. dgl. ohne weiteres (z. B. ohne Zession) auf den Käufer über (A. L. R. I. 11, §§ 474, 471).

[3] Dernburg, a. a. O., Bd. III., § 236, num. 1 am Ende.

sätze auf (c. c. artt. 1102, 1302 al. 4, 1184, 1325), von welchen insbesondere c. c. art. 1184 für den Verkäufer in Betracht kommt.

Die Vorschriften des *code civil* über die Gewährleistung durch den Verkäufer gelten in der Regel[1] entsprechend auch für andere Verträge, welche auf die Veräusserung oder Belastung eines Gegenstandes gegen Entgelt gerichtet sind.

1. Sobald die Parteien über Kaufobjekt und Preis einig sind, also mit dem Abschluss des Kaufvertrages ist die Kaufsache auf den Käufer zu Eigentum übertragen,[2] das verkaufte Recht verschafft (c. c. artt. 1138, 1583). Der Kaufvertrag erzeugt eine Haftung des Verkäufers nur insofern, als der tatsächliche Zustand dem durch den Vertragsabschluss zu erzielenden nicht entspricht.

Der Verkäufer einer Sache ist zur Lieferung der Sache (c. c. art. 1582), nicht zur Eigentumsverschaffung verpflichtet. Erfolgt jene nicht gehörig, so haftet er wegen Nichterfüllung des Kaufvertrages. Er haftet ferner, wenn eine Eviktion eintritt, hier aber nicht wegen Nichterfüllung des Kaufes, sondern aus der im Vertrage übernommenen Pflicht, wegen Eviktion dem Käufer Garantie zu leisten.

Der Verkäufer eines Rechtes ist verpflichtet, *livrer la chose*, das Recht zu verschaffen. Hierauf haftet er bei verkauften Forderungsrechten auch ohne Eviktion, wegen Nichterfüllung des Kaufvertrages; bei anderen Rechten haftet er stets erst nach geschehener Eviktion.

2. Der Verkäufer ist verpflichtet:

a) zur Vornahme der erforderlichen Übertragungshandlungen (*délivrance*, „Überlieferung", c. c. artt. 1604 bis 1624). Er ist nach c. c. art. 1604 verpflichtet zur Übertragung des verkauften Gegenstandes „*en la puissance et possession de l'acheteur*" (das *habere* der Römer). Hierzu hat der Ver-

[1] Vgl. näheres bei Zachariä-Crome, Handbuch des französischen Civilrechts, Bd. II., § 289, S. 285 f.

[2] Dies entspricht der Lehre Wolffs (vgl. oben S. 56 zu Anm. 4). Hat der Verkäufer bei dem Kaufabschluss kein Eigentum, so ist der Kaufvertrag dinglich unwirksam, obligatorisch nach c. c. art. 1599 nichtig. Vgl. unten num. 7.

käufer dem Käufer die Kaufsache zu übergeben, die Schlüssel zu ihrer Erlangung und die Urkunden über das Eigentum auszuhändigen (c. c. artt. 1605, 1606), bei verkauften Rechten deren Ausübung zu gestatten und die das Recht betreffenden Urkunden *(titres)* zu übergeben (c. c. art. 1607). Nicht zum Erwerbe des Eigentums, aber zur Wirksamkeit des erworbenen Eigentums gegen Dritte ist erforderlich die Transskription (wörtliche Abschrift) der Eigentumserwerbsurkunde *(titre)* in das öffentliche Buch des Transskriptionsregisters.[1] Ebenso ist für die Wirksamkeit von Vorzugsrechten und Hypotheken an Grundstücken gegen dritte Erwerber des Grundstückes die Eintragung in das Inskriptionsregister erforderlich.[2] Die Transskription kann von dem Käufer allein verlangt werden; der Verkäufer ist, sie zu beantragen, nur vereinbarungsgemäss verpflichtet. Auch die Inskription kann von dem Käufer als Rechtsnachfolger des verkaufenden Gläubigers ohne diesen beantragt werden; der Verkäufer ist nur vereinbarungsgemäss verpflichtet, den Eintrag herbeizuführen;

b) den Käufer gegen jede Störung im Haben[3] des Kaufobjektes durch Rechtsansprüche Dritter zu schützen (c. c. art. 1625). Der Schutz ist zu leisten durch die prozessuale Verteidigung[4] des Käufers neben diesem. Bleibt der Schutz erfolglos, wird er nicht oder nicht genügend geleistet, so ist der Verkäufer verpflichtet zur Rückgabe des Kaufpreises und[5] zu Schadensersatz an den Käufer. Der

---

[1] Vgl. Zachariä-Crome, a. a. O., Bd. I., § 193.

[2] Vgl. Zachariä-Crome, a. a. O., Bd. II., §§ 239 bis 251.

[3] Wie der Verkäufer nach römischem Recht das *habere licere* des Käufers zu prästieren hatte, so ist er nach französischem Rechte verbunden *à faire avoir à l'acheteur la chose vendue utilement;* die Garantiepflicht des Verkäufers ist nur eine Wirkung jener Verbindlichkeit (Pothier, *traité du contrat de vente,* II. part. chap. 1, sect. IV., num. 202, S. 121).

[4] Wie der *code civil* überhaupt deutschrechtliche *coutumes* aufgenommen hat, so kehrt auch hier ein deutscher Gedanke, die Defensionshaftung wieder.

[5] Die Rückgabe des Preises ist nicht Schadensersatz (Zachariä-Crome, a. a. O., Bd. II., § 335, Note 12). Sie erinnert an altdeutsches Recht.

Verkäufer haftet hier nicht aus der Nichterfüllung einer Vertragspflicht (Rechtsverschaffungspflicht), sondern, wie nach römischem Recht, aus der Nichterfüllung der Gewährleistungspflicht (Schutzpflicht), welche er in Erfüllung des Kaufvertrages übernommen hatte.

Der Verkäufer haftet nicht nur, wie nach römischem Recht, auf Schadensersatz nach Eviktion, sondern auf Verhinderung der Eviktion durch die Verteidigung des Käufers *(garantie formelle)*. Der Verkäufer hat Gewähr zu leisten für den ruhigen Besitz des Käufers *(possession paisible)*. Der Käufer kann die Verteidigung fordern, wenn er eine Störung im ruhigen Besitz (c. c. art. 1625) überhaupt nur zu befürchten Ursache hat. Der Verkäufer haftet nur für solche Rechtsmängel, welche zu jener Störung führen. So sieht denn das französische Recht in der Defension des Käufers die Hauptaufgabe des Verkäufers.

3. Die Haftung des Verkäufers ist gemildert durch die Beschränkung des Vindikationsanspruches bei beweglichen Sachen. Hat der Käufer den Besitz der Kaufsache erlangt, so gilt für ihn nach c. c. art. 2279, al. 1, der Satz *„en fait de meubles la possession vaut titre“*.[1] Er hat als Besitzer das Recht, Ansprüche Dritter aus Eigentum oder dinglichen Rechten abzuwehren. Der wahre Eigentümer kann ihm die Sache nur in zwei Fällen abvindizieren:

a) wenn die Kaufsache zweimal durch denselben Verkäufer verkauft wurde, dem Dritten (jetzt Eigentümer der Sache) und hierauf dem Käufer, ferner der Käufer in den Besitz der Sache kam, aber ihn schlechtgläubig erlangte (c. c. art. 1141);

b) wenn die Kaufsache dem Dritten gestohlen oder von ihm verloren worden war (c. c. art. 2279, al. 2).

In dem ersten Fall hat sich der Käufer das Entgehen der Sache selbst (seinem schlechten Glauben) zuzuschreiben; daher haftet ihm der Verkäufer auf Ersatz nicht. In dem

[1] Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch enthält ähnlich in § 1006 wenigstens eine Vermutung zugunsten des Besitzers einer beweglichen Sache, dass er der Eigentümer der Sache sei.

zweiten Fall ist die Vindikation durch den Dritten nur binnen drei Jahren seit dem Verlust oder der Entwendung der Sache zulässig. Auch braucht der Käufer die dem Dritten gestohlene oder verloren gegangene Sache, wenn er sie auf einem Markte, einer Messe, von einem Kaufmann, welcher Sachen ähnlicher Art feilhält, oder in einer öffentlichen Versteigerung erworben hatte, nur gegen Erstattung des Kaufpreises herauszugeben (c. c. art. 2280).

4. Als Mangel im Recht machen den Verkäufer haftbar Eigentum Dritter, Pfandrechte oder dinglich wirkende, persönliche Rechte Dritter, z. B. Rechte aus Mieteverträgen, ferner fremde Grunddienstbarkeiten am veräusserten Grundstück (c. c. art. 1626). Die letzteren sind unten num. 11 zu besprechen. Die erstgenannten Rechte[1] machen haftbar erst dann, wenn der Käufer durch sie aus dem Besitze der Kaufsache oder eines Teils derselben gesetzt wird oder gesetzt werden kann.[2] Ferner haftet der Verkäufer, wenn ein Dritter gegen den Käufer eine Besitzklage erhebt.

5. Der Verkäufer einer Forderung haftet nach c. c. art. 1693 dem Käufer für den Bestand der Forderung zur Zeit ihrer Übertragung (im Kaufabschluss), nicht auch für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners, es sei denn, dass er dies im Kaufvertrage übernommen hat (c. c. art. 1694). Hat er solches durch Vereinbarung übernommen, so bezieht diese sich, sofern nicht ausdrücklich anderes verabredet ist, nur auf die Zahlungsfähigkeit des Schuldners zur Zeit des Kaufabschlusses (c. c. art. 1695) und geht nur bis zu dem Betrage des für die Zession ausgemachten Preises (c. c. art. 1694). Im übrigen gelten auch für den Verkäufer einer Forderung die Vorschriften über die Rechtsmängelhaftung des Verkäufers.

6. Der Rechtsmangel muss in der Beschaffenheit des Rechtes des Verkäufers seinen Grund haben, dieser (z. B. das Recht des Evinzenten) somit schon vor Kaufabschluss

---

[1] Da der *code civil* keine Superficies oder Emphyteuse zulässt, so bleiben dergleichen Rechte hier ausser Betracht.

[2] Bei drohender Eviktion.

vorhanden sein. Für Rechtsmängel, welche erst nach Kaufabschluss entstehen, haftet der Verkäufer nur, wenn ihn ein Verschulden trifft.[1] Da der Verkäufer den Käufer gegen Störung zu schützen hat, so haftet er auch für alle Handlungen, durch welche er selbst eine Störung des Käufers mittelbar oder unmittelbar veranlasst, z. B. wenn sein Verhalten eine Konfiskation der Kaufsache seitens des Staates herbeiführt oder durch einen zweiten Verkauf der Sache den ersten entwertet.

7. Der Verkauf einer fremden Sache, welche der Verkäufer als die seinige verkauft, ist nichtig (c. c. art. 1599). Dieser Satz beruht auf verschiedenen Motiven,[2] auch auf Wolffschen Ideen. Er hat das Prinzip der Eigentumsverschaffung mittelbar und unvollkommen sanktioniert, jedoch den Aufbau der Haftung des Verkäufers auf dem Eviktionssystem in keiner Weise beeinflusst.

Die Nichtigkeit des Kaufes kann einredeweise sowohl von dem Käufer gegenüber der Kaufpreisklage als von dem Verkäufer gegenüber der Klage des Käufers auf Sachübergabe vorgeschützt werden. Doch hat der gutgläubige Käufer trotz jener Nichtigkeit einen Anspruch auf Schadensersatz gegen den Verkäufer, auch wenn dieser seinerseits in gutem Glauben war (c. c. art. 1599).

8. Die Ansprüche des Käufers.

a) Nach c. c. art. 1612 braucht der Verkäufer die *délivrance* nur Zug um Zug mit der Kaufpreiszahlung des Käufers zu leisten. Er braucht sie nach c. c. art. 1613, wenn der Käufer nach Kaufabschluss in Konkurs oder in Vermögensverfall gerät, derart, dass der Verkäufer unmittelbar Gefahr läuft, den Kaufpreis zu verlieren, nur dann noch zu leisten, wenn der Käufer ihm für die rechtzeitige Preiszahlung Sicherheit bestellt.

b) Nach c. c. art. 1653 hat der Käufer eine **exceptio evictionis imminentis.** Hat der Käufer gerechtfertigte

---

[1] Laurent, *principes de droit civil*, Bd. 24, num. 220, 221, S. 220 f.

[2] Rabel, a. a. O., S. 279 f.

Ursache, eine Eviktion zu befürchten, so kann er die Preiszahlung aufschieben, bis der Verkäufer die Eviktionsgefahr beseitigt oder ihretwegen Sicherheit geleistet hat.

c) Der Käufer hat nach c. c. artt. 1184, al. 2, 1610 ein gesetzliches Recht auf Auflösung des Kaufvertrages, wenn der Verkäufer seiner Übergabepflicht nicht nachkommt. Der Käufer hat aber eine Klage auf Auflösung des Kaufvertrages anzustellen; der Richter hat die Befugnis, dem säumigen Verkäufer eine Frist zur nachträglichen Erfüllung zu gewähren. Der Käufer hat die Wahl, den Verkäufer zur Erfüllung, soweit tunlich, zu zwingen oder die Klage auf Beseitigung des Kaufvertrages anzustellen. Mit dieser Klage kann der Käufer neben der Auflösung des Kaufes *dommages et intérêts* beanspruchen, Schadensersatz wegen der Auflösung und, falls der Verkäufer sich in Verzug befindet, Schadensersatz nach c. c. artt. 1146, 1147 (z. B. für die Verzögerung der Leistung) fordern. Ist auf die Klage des Käufers hin die Auflösung des Kaufes wegen Nichterfüllung vom Richter ausgesprochen worden, so gestalten sich die Folgen nach c. c. art. 1184 so, wie wenn eine Resolutivbedingung eingetreten wäre.

d) Der Käufer hat gegen den Verkäufer den Regressanspruch wegen Eviktion (vgl. im folgenden num. 9 bis 11).

9. Der Gewährleistungsanspruch des Käufers entsteht erst dann, wenn infolge unterlassenen Schutzes durch den Verkäufer der Besitz des Käufers am Kaufobjekt durch Dritte gestört ist oder gestört zu werden droht, und nur dann, wenn der Käufer den Verkäufer zu gehöriger Zeit[1] aufgefordert hat, ihm in dem Eviktionsprozess mit dem Dritten beizustehen (c. c. art. 1640).

Mit dem Gewährleistungsanspruch erhält der Käufer:

a) die Rückerstattung des Kaufpreises (c. c. art. 1631). Der ursprüngliche Preisbetrag ist auch dann voll zurückzugeben, wenn die Kaufsache zur Zeit der Eviktion im

[1] Vgl. c. de proc. civ. artt. 32 f., 175 ff.

Wert verloren hat.[1] Der Verkäufer darf abziehen, was der Käufer durch eine unwirtschaftliche Behandlung der Kaufsache (z. B. zu starken Holzschlag) gewann (c. c. art. 1632). Er hat den Betrag zu ersetzen, um den der Wert der Kaufsache nach Kaufabschluss bis zur Eviktion aus beliebigem Grunde[2] stieg (c. c. art. 1633).

b) Den Ersatz der Früchte, welche der Käufer dem Dritten hatte erstatten müssen, der Kosten des Eviktionsprozesses mit dem Dritten und des Verfahrens gegen den Verkäufer, der Vertragskosten, des Verlustes, den sonst etwa, z. B. nach c. c. artt. 1633 f., der Käufer durch die Eviktion erlitten hat (c. c. art. 1630), auch den Ersatz des entgangenen Gewinnes (c. c. art. 1149), den Ersatz solchen weiteren Scha-

[1] Gleichviel ob die Kaufsache bei dem Käufer durch Zufall oder durch zu vertretendes oder nicht zu vertretendes Verhalten des Käufers vermindert oder sonst entwertet wurde. Nach römischem Recht war es anders (vgl. oben § 3, S. 31 zu Anm. 4), weil der Verkäufer für den Verlust der Kaufsache nur wegen und seit geschehener Eviktion haftete, daher auch das zu ersetzende Interesse erst für die Zeit seit der Eviktion als für nun erst eingetretene Nichterfüllung berechnet werden konnte. Nach modernem Recht haftet der Verkäufer auf Verschaffung vollen Rechtes. Diese Verpflichtung ist bei fehlender Verschaffung oder bei Eviktion nicht erfüllt, aber auch da nicht erfüllt, wo das Kaufobjekt deterioriert ist, daher auch insoweit der Kaufpreis ohne Abzug zurückzugeben.

Schon nach Duarenus (Franciscus Duarenus, † 1555, *commentar. in Cod.* 8, 44 ad l. XVI., Abs. 1, in seinen *opera* S. 1220 unten und S. 1221) und Du Moulin (Carolus Molinaeus, † 1566, *tractatus de eo quod interest,* num. 68—70, 83 in *Molinaei omnia opera,* tom. III., S. 445 f., S. 449) hat der Verkäufer mindestens den Kaufpreis, daneben etwaiges Interesse am Nichteintritt der Eviktion zu erstatten. Nachdem zu Ende des 17. Jahrhunderts von Caillet (Franc. Calletii *commentarius ad tit. de evictionibus* 45. lib. 8. Cod., ad. legem VI., Randnote 13 ff. in Meerman, *thesaurus,* tom. II., S. 324 f.) und Domat (*les lois civiles,* liv. 1., titre II., *du contrat de vente,* sect. X., num. 14 in Remy, *œuvres complètes de* J. Domat, tom. I., S. 183) verneint worden war, dass der Kaufpreis das Mindeste des dem Verkäufer obliegenden Ersatzes bilde, hat Pothier (a. a. O., II. part., chap. I., sect. I., art. V., §§ IV., V., num. 69, S. 39 bis S. 43) um die Mitte des 18. Jahrhunderts wieder die Ansicht Du Moulins vertreten. Ihm folgte c. c. art. 1630.

[2] Zachariä-Crome, a. a. O., Bd. II., § 335, Note 14 a.

dens (Verlust, *lucrum cessans*) jedoch nur insoweit, als er bei dem Kaufabschluss vorhergesehen ist oder vorauszusehen war, ausgenommen bei Arglist des Verkäufers (c. c. art. 1150).

Aufwendungen zur Erhaltung der Kaufsache erhält der Käufer stets ersetzt. Für Aufwendungen, welche nicht nötig waren, jedoch den Wert der Sache erhöhten, kann der Käufer nach seiner Wahl den Betrag der Aufwendung oder den Betrag, um den sich der Wert der Sache erhöhte, ersetzt verlangen (c. c. artt. 1634, 2175). Verwendungen, welche der Käufer ohne Not und Nutzen auf die Kaufsache machte (*impensae voluptuariae*), kann er von dem Verkäufer nur dann ersetzt fordern, wenn diesem der Mangel seines Rechtes oder die Unrechtmässigkeit seiner eine Störung des Käufers herbeiführenden Handlung bekannt war (c. c. art. 1635).

10. Wurde die Kaufsache nur zum Teil evinziert, so hat der Käufer das Recht auf verhältnismässige Reduktion des Kaufpreises. Dieser ist auf den Betrag zu mindern, welcher sich aus der Proportion $x : P = w : W$
ergibt, wobei x der zu findende Betrag, P der zu mindernde Preis, W der Wert der Kaufsache vor der Teileviktion, w der Wert nach derselben ist, die beiden letzteren Werte berechnet nach dem Zeitpunkt der Eviktion (c. c. art. 1637). Ist der evinzierte Teil für den Käufer so erheblich, dass der Käufer ohne ihn die Sache überhaupt nicht gekauft haben würde, so hat er das Recht, die Aufhebung des Kaufvertrages zu verlangen, also ein Wandelungs- oder Rücktrittsrecht (c. c. art. 1636), oder, falls er dies Recht nicht geltend machen will, nach seiner Wahl[1] das Recht auf eine verhältnismässige[2] Reduktion des Kaufpreises.

---

[1] Dies Wahlrecht gibt der *code civil* auf Grund der Lehre Pothiers von der doppelten Funktion der *actio empti:* sie gehe auf *restitution du prix* und auf das Interesse (Pothier, a. a. O., II. part., chap. I., sect. II., art. V., § IX., *trois. et quatr. espèce,* num. 158, S. 92; num. 159, S. 93). Auch Duarenus (vgl. das Zitat S. 80, Anm. 1, Abs. 2) spricht von dieser doppelten Funktion, ferner Du Moulin (*tractatus de eo* etc., num. 68, a. a. O., S. 445 unten) von den *duo capita, primum ad pretium, secundum ad id quod interest,* der *actio ex empto.*

[2] Die Berechnung des geminderten Preises hat nach der oben erwähnten Proportion und nach c. c. artt. 1630—1635 zu erfolgen.

11. Der Verkäufer haftet dafür, dass nicht Servituten an der Kaufsache bestehen, gleichgültig, ob sie ihm bekannt waren oder nicht, falls nur der Käufer sie nicht kannte. Verschweigt der Verkäufer dem Käufer die auf dem verkauften Grundstück haftenden verborgenen Dienstbarkeiten, so haftet er nach c. c. art. 1638 ihretwegen wie bei Teileviktion.[1] Sind diese Dienstbarkeiten für den Käufer so bedeutsam, dass er bei ihrer Kenntnis den Kauf wahrscheinlich nicht abgeschlossen haben würde, so darf der Käufer die Aufhebung des Kaufvertrages verlangen oder die Zahlung des Kaufpreises nach c. c. art. 1653 (vgl. oben 8, b) verweigern. Im übrigen gelten die Eviktionsgrundsätze auch hier.[2] Der Verkäufer haftet jedoch nicht, wenn *servitutes apparentes* vorhanden sind, d. h. Dienstbarkeiten, *„qui s'annoncent par des ouvrages extérieurs tels qu'une porte, une fenêtre, un aqueduc“* (c. c. art. 1689, al. 2).

12. Der Käufer kann sich wegen eines Rechtsmangels an den Verkäufer halten, an dessen Vormänner (frühere Verkäufer) nur dann, wenn ihm der Anspruch des (letzten) Verkäufers gegen jene zediert wurde, also nur *e jure cesso* nach c. c. art. 1166.

13. Die Haftung des Verkäufers entsteht nicht:

a) wenn der Käufer auf seine Ansprüche verzichtet hat (c. c. art. 1627). Der Verkäufer haftet jedoch trotz dieses Verzichtes aus Störungen, welche er durch sein Verhalten nach Kaufabschluss verursachte (c. c. art. 1628). Ferner muss der Verkäufer dem verzichtenden Käufer im Falle der Eviktion den erhaltenen Kaufpreis wieder herausgeben, es sei denn, dass der Käufer die Gefahr einer ihm bevorstehenden Eviktion bei dem Abschlusse des Kaufes gekannt oder das Kaufobjekt ausdrücklich auf seine Gefahr gekauft hat (c. c. art. 1629);

---

[1] C. c. art. 1638 gilt entsprechend auch für andere verborgene Lasten. — Die Anzeige der verborgenen Rechte befreit den Verkäufer von seiner Ersatzpflicht, nicht von der Verpflichtung zur Rückzahlung des Kaufpreises in dem Falle des art. 1599 und nach art. 1629 c. c.

[2] Z. B. die Kenntnis auf seiten des Käufers befreit den Verkäufer.

b) wenn die Eviktion auf einem Verschulden des Käufers beruht, so nach c. c. art. 1640, wenn der Käufer sich im Eviktionsprozess in letzter Instanz oder rechtskräftig hat verurteilen lassen, ohne den Verkäufer zu gehöriger Zeit[1] aufgefordert zu haben, ihm in dem Eviktionsstreit beizustehen, sofern der Verkäufer nachweist, dass es hinreichende Mittel gab, um dem nachteiligen Ausgang der Sache vorzubeugen.

c) Hat der Käufer den zur Eviktion führenden Rechtsmangel zur Zeit des Kaufabschlusses gekannt,[2] so hat der Verkäufer keinen Ersatz wegen Eviktion zu leisten, aber den Kaufpreis zurückzugeben. Auch letzteres fällt fort, wenn es bei dem Kaufabschluss wegbedungen (s. oben a. am Ende). Andererseits ist der Verkäufer ersatz- wie rückgabepflichtig, wenn er auch für den Fall zu haften verspricht, dass der Käufer die Gefahr der Eviktion kennt. Überhaupt kann die Haftung des Verkäufers durch besondere Vereinbarung wie gemindert, so erhöht werden (c. c. art. 1627).

14. Die Ansprüche des Käufers verjähren meist in der regelmässigen Verjährungszeit von dreissig Jahren (c. c. art. 2262). Die Klage auf Preisminderung und diejenige auf Wiederauflösung des Kaufvertrages verjähren in einem Jahre seit dem Tage des Kaufabschlusses (c. c. art. 1622).

15. Der Verkäufer einer Erbschaft haftet nur dafür, dass er Erbe ist, nicht auch für Rechtsmängel einzelner Erbstücke, es sei denn, dass diese in der Kaufvertragsurkunde einzeln aufgeführt sind (c. c. art. 1696).

IV. Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch von 1861 war Landesrecht[3] bis zum Bundesgesetz vom 5. Juni 1869, in Kraft am 1. Januar 1870. Dies

---

[1] C. de procéd. civ. artt. 32 f., 175 ff., C. P. O. §§ 69 ff. (alt), §§ 72 ff. (neu).

[2] Kennenmüssen steht dem Kennen nicht gleich. Denn nach französischem Recht hat nicht der Käufer eine Erkundigungspflicht, sondern der Verkäufer die Pflicht, dem Käufer über Mängel im Recht Auskunft zu erteilen.

[3] Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, § 4, S. 17 f.

Landesrecht wurde vorbildlich für Bestimmungen des heutigen Rechts.

1. Das Gesetz sanktioniert in Anknüpfung an altdeutsches Recht in den Artt. 306, 307 den Satz „Hand wahre Hand". Nach H. G. B. Art. 306, Abs. 1, Satz 1 wird der redliche Erwerber der von einem Kaufmann in dessen Handelsbetriebe veräusserten Waren oder anderen beweglichen Sachen, wenn sie dem Käufer übergeben worden sind, Eigentümer dieser Sachen, auch wenn der Veräusserer nicht Eigentümer war. Das früher an der Kaufsache begründete Eigentum erlischt (H. G. B. Art. 306, Abs. 1, Satz 2). Ebenso erlischt jedes früher begründete Pfandrecht oder sonstige dingliche Recht an der gekauften Sache, wenn es dem Erwerber bei dem Kaufabschluss unbekannt war (H. G. B. Art. 306, Abs. 1, Satz 3).

Ein früher begründetes Eigentum, Pfandrecht oder anderes dingliches Recht an den von einem Kaufmann in dessen Handelsbetriebe verpfändeten und übergebenen Waren oder anderen beweglichen Sachen kann zum Nachteil des redlichen Pfandnehmers (Pfandrechtkäufers) oder dessen Rechtsnachfolgers nicht geltend gemacht werden (H. G. B. Art. 306, Abs. 2).

Diese Bestimmungen gelten nach H. G. B. Art. 306, Abs. 4 nicht für Kaufobjekte, welche gestohlen oder verloren gegangen waren. Sie galten jedoch für Inhaberpapiere sowohl, wenn sie gestohlen oder verloren gegangen waren, als auch, wenn ihre Veräusserung oder Verpfändung nicht von einem Kaufmanne in dessen Handelsbetriebe geschehen war (H. G. B. Art. 307).

2. Das allgem. Handelsgesetzbuch sicherte den Käufer in stärkerem Grade als bisher, weil dessen Interessen gegenüber dem Verkäufer, besonders den Rohproduzenten gegenüber, in dem modernen Erwerbsleben mächtiger hervortraten, als in alten Zeiten, wo, wie im römischen Reich, der Grossgrundbesitz den Handel in der Hand hatte, nicht einen besonderen Wirtschaftszweig bildete. Das Gesetz gewährt dem Käufer für den Fall, dass der Verkäufer mit der Übergabe der Kaufsache im Verzuge war, das Recht, von dem Kauf-

vertrage zurückzutreten[1] oder von dem Verkäufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern (H. G. B. Art. 355). Dieses oder jenes Recht kann der Käufer aber erst dann geltend machen, wenn er dem Verkäufer seine bezügliche Absicht angezeigt und ihm dabei, wenn die Natur des Geschäftes dies zulässt, noch eine den Umständen angemessene Frist zur Nachholung des Versäumten gewährt hat (H. G. B. Art. 356).

---

§ 6.

Die Abfassung des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Wie das Eviktionssystem im bisherigen Recht bis zu den grossen Kodifikationen überall[2] die Grundlage für die Haftung des Verkäufers gewesen war, so wurde noch von der Dresdener Kommission, zum Teil auch von dem ersten Entwurfe des Bürgerlichen Gesetzbuches die Haftung des Verkäufers nach dem Eviktionsrecht gestaltet. Erst der zweite Entwurf liess aus der Pflicht zur Verschaffung mangelfreien Rechtes lediglich eine Haftung wegen Nichterfüllung entstehen.

I. Den Beratungen der ersten Kommission diente der Dresdener Entwurf über das Obligationenrecht teils mittelbar, teils unmittelbar zur Grundlage. Er behandelt die Gewährleistung bei Mängeln im Recht im allgemeinen Teil des Obligationenrechtes[3], und zwar für alle zweiseitigen Veräusserungsverträge.

1. Der Verkäufer ist verpflichtet,[4] den Kaufgegenstand

---

[1] Im Anschluss an den *code civil,* art. 1184, welcher bestimmte, dass alle zweiseitigen Verträge als stillschweigend unter der auflösenden Bedingung abgeschlossen gelten, dass einer von beiden Teilen seinem Versprechen nicht Genüge leistet.

[2] Rabel, Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte. S. 282 ff.

[3] In den Artt. 161 bis 182 (S. 28 bis 32).

[4] Nach römischem Recht war er zur Tradition, nicht aber dazu verpflichtet, die Sache als eigene zu überlassen. Vgl. oben § 3, II. 7.

zu eigen zu überlassen (Art. 442); er ist nicht verpflichtet, Eigentum zu verschaffen. Die Art seiner Verpflichtung ist ohne Einfluss [1] auf die Gestaltung der ihn, wie jeden Veräusserer, treffenden Eviktionshaftung.

2. Die Nichterfüllung seiner Verpflichtungen erzeugt gegen jeden Veräusserer (z. B. gegen den Verkäufer) nicht einen Anspruch auf Erfüllung, sondern einen Entschädigungsanspruch, und diesen nicht ohne weiteres klagbar, sondern erst mit der Eviktion wirksam entstehend.

3. Eine Entwehrung (Eviktion) liegt vor, wenn das veräusserte Objekt infolge eines Mangels im Recht dem Erwerber entzogen wird. Die Entziehung braucht nicht durch einen Prozess mit Streitverkündung und Urteil zu erfolgen; es genügt die Entziehung gemäss eines Schiedsspruches oder selbst eines Anerkenntnisses des fremden Rechtes durch den Erwerber. Ein Prozess um das veräusserte Objekt mit einem Drittberechtigten unter Streitverkündung an den Veräusserer befreit den Erwerber, jedoch nur durch eine von dem Veräusserer widerlegbare Vermutung des Drittrechtes, von dem ihm sonst stets obliegenden Beweise des fremden Rechtes (Art. 165). Eviktion ist die Entziehung der ganzen veräusserten Sache; Teileviktion ist es, wenn ein Teil der Sache entzogen wird oder „wenn ein mit der veräusserten Sache verbundenes Recht entwährt wird, oder wenn Rechte an der veräusserten Sache erstritten werden" (Art. 162). Dagegen haftet der Veräusserer nicht „für öffentliche Abgaben sowie für solche Grunddienstbarkeiten oder andere dingliche Berechtigungen, zu deren Ausübung besondere, in die Augen fallende Anlagen bestehen, oder für Rechte, welche zur Zeit des Vertragsschlusses im Grund- oder Hypothekenbuch eingetragen waren" [2] (Art. 172).

Ausnahmsweise kann, wie nach gemeinem Recht, auch ohne Entwehrung ein bezüglicher Anspruch bestehen: wenn der Veräusserer bezüglich des Rechtsmangels arglistig handelte oder wenn der Erwerber das Recht des Dritten gegen

[1] Protokolle der Dresdener Kommission, Bd. I., S. 487 bis 494.

[2] Bei Zusicherungen oder Arglist haftet der Veräusserer auch in den erwähnten Fällen nach Art. 172 am Ende.

Entgelt erwarb. Der Kaufpreis darf zurückbehalten werden, wenn eine Entwehrung auch nur droht.

Der Erwerber erhält ein ausführlich geregeltes Wandlungsrecht für den Fall der Teilentwehrung, „sofern nach den Umständen anzunehmen ist, dass der Erwerber den Vertrag nicht geschlossen haben würde, wenn er die teilweise Entwehrung vorausgesehen hätte“[1] (Art. 174).

Für die Berechnung des zu ersetzenden Schadens ist der Zeitpunkt der Rechtskraft des Entwehrungsurteils massgebend, nicht, wie praktischer zu bestimmen war, derjenige der tatsächlichen Entziehung. Der Entwehrungsanspruch verjährt mit Rücksicht auf das kurz befristete Wandlungsrecht bei der Teileviktion bereits in drei Jahren.

II. Der erste Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches regelte das Gewährleistungsrecht ebenfalls im allgemeinen Teil des Obligationenrechts, in den §§ 370 bis 380 jedoch nicht nur für zweiseitige, sondern für alle schuldrechtlichen, auf Veräusserung gerichteten Verträge.

1. Jeder Veräusserer von Sachen ist verpflichtet, das Eigentum zu verschaffen, und zwar frei von dinglichen und anderen sich auf die veräusserte Sache beziehenden Rechten Dritter (§§ 370, 371). Ebenso ist der Veräusserer von Rechten zur Verschaffung mangelfreien Rechtes verpflichtet. Die Unmöglichkeit der Rechtsverschaffung bei dem Abschluss des Veräusserungsvertrages befreit nicht.

2. Der Erwerber hat Rechte aus der Rechtsmängelhaftung des Veräusserers, sobald irgendwie feststeht, dass dieser seine Verpflichtungen nicht erfüllt hat. Er hat bei Grundstücksveräusserungen bezüglich der eingetragenen Rechte die Klage auf Erfüllung (§ 378). Er hat gegenüber Ansprüchen des Veräusserers die Einrede des nicht erfüllten Vertrages; mit ihr kann er die gesamte ihm obliegende Leistung verweigern, auch wenn der Mangel im Recht verhältnismässig geringfügig ist. Den Anspruch auf Schadensersatz hat der Erwerber erst dann, wenn der Veräusserer „den übrigen Erfordernissen, von welchen der Erwerb des

[1] Vorbildlich war hier c. c. art. 1636, vgl. oben § 5, II. 10.

dem Erwerber zu verschaffenden Rechtes abhängt, bereits genügt", z. B. die Sachübergabe vollzogen, die verkaufte Forderung abgetreten hat, und wenn das entgegenstehende fremde Recht mit Erfolg geltend gemacht worden ist. Damit wurde dem Eviktionsprinzip eine beschränkte Geltung neben dem Verschaffungsprinzip verliehen.

3. Als geltend gemacht ist das fremde Recht anzusehen, wenn eine rechtskräftige Entscheidung oder infolge eines Schiedsvertrages ein Schiedsspruch zugunsten des Drittberechtigten ergangen ist, oder wenn der Erwerber das Recht des Dritten diesem gegenüber anerkannt hat (§ 375).

Enthält das Recht des Dritten einen Anspruch auf Herausgabe der an den Erwerber veräusserten Sache, so ist es erst mit der Erzielung der Herausgabe der Sache an den Dritten als geltend gemacht anzusehen.

Die Geltendmachung ist nicht erforderlich, wenn das Recht des Dritten nachträglich unentgeltlich oder entgeltlich auf den Erwerber übergegangen ist (§ 376).

4. Liegen die Voraussetzungen vor, unter welchen der Erwerber wegen Rechtsmangels einen Schadensersatzanspruch hat, so hat er neben diesem zur Wahl auch ein genau geregeltes Rücktrittsrecht (§ 377).

5. Die Motive zum ersten Entwurf (Bd. II, S. 218 zu § 374 des ersten Entwurfes) begründen die Aufnahme des Eviktionsprinzips mit dem praktischen Gesichtspunkt, dass der Mangel im Recht schwierig nachzuweisen, auch das zu ersetzende Interesse schwer abzuschätzen sei, solange nicht feststehe, ob ein Dritter ein Recht geltend machen werde.

Der erste Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches hat sich noch teilweise (§ 375) an das gemeine Recht angeschlossen, das Eviktionsprinzip sogar auf den Kauf von Forderungen und Immaterialgüterrechten (z. B. Urheberrechten, Patentrechten) ausgedehnt, während das gemeine Recht für solche Fälle jenes Prinzip nicht anwendete. Der erste Entwurf hat im Gegensatz zum gemeinen Recht (l. 56 § 1 D. *de evict. et dupl. stip.* 21, 2) auch die Entziehung durch Schiedsspruch als Regressgrund anerkannt; aber er hat im Gegensatz zur neueren gemeinrechtlichen Doktrin

(Windscheid, Pandekten, Bd. II, § 389, num. 1; Eck, Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigentums, S. 43) Fälle, in welchen der Käufer auch ohne Entwehrung infolge der Nichtverschaffung des Rechtes einen Schaden erleidet, nicht vollständig (vgl. § 376 des ersten Entwurfes) berücksichtigt.

6. Der Erwerber hat den Beweis des Rechtsmangels zu führen. Über die Beweiskraft des Eviktionsprozesses mit oder ohne Streitverkündung bestimmt der Entwurf nichts.

7. Im übrigen gibt der erste Entwurf Einzelbestimmungen, welche im zweiten Entwurfe und in der endgültigen Fassung des Gesetzbuches wiederkehren. Sie werden daher später erörtert werden.

III. Der zweite Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches behandelt die Haftung für Mängel im Recht nicht mehr[1] im allgemeinen Teil des Rechtes der Schuldverhältnisse, sondern durch besondere Bestimmungen bei den einzelnen Schuldverhältnissen. Die Haftung des Verkäufers für Mängel im Recht wird von den §§ 375 bis 385 im Kaufrecht geregelt. Für sie gelten nach § 812, Abs. 1 die allgemeinen Vorschriften der §§ 271 bis 279 über den gegenseitigen Vertrag. Die Bestimmungen der §§ 375 bis 385, 271 bis 279[2] gelten nach § 386 auch für „andere Verträge, die auf Veräusserung oder Belastung eines Gegenstandes gegen Entgelt gerichtet sind", ferner nach § 314 für die Hingabe an Erfüllungs Statt.

1. Der Verkäufer ist zur Verschaffung unbeeinträchtigten Rechtes verpflichtet.

2. In der zweiten Kommission wurde die Regelung des

---

[1] Infolge der Angriffe von Bernhöft und Giercke bei ihrer Besprechung des ersten Entwurfes (Zusammenstellung der gutachtlichen Äusserungen, Bd. II., S. 123 ff.).

[2] Diese allgemeinen Vorschriften finden auf die anderen Verträge „entsprechende" Anwendung. Sie gelten für jene in ihrer Modifikation durch §§ 375 bis 385, also als Kaufrecht, nicht als allgemeine Schuldrechts-Sätze, wenigstens als solche nur mittelbar. Dies meint wohl auch Dollinger (Die Haftung des Verkäufers, S. 44 oben) in etwas missverständlichen Worten.

ersten Entwurfes als inkonsequent, den praktischen Bedürfnissen nicht genügend und der übrigen Gestaltung des Gesetzes widerstreitend verworfen. Der zweite Entwurf enthält nicht mehr unter dem Banne historischer Erinnerungen anorganische Bestandteile des Eviktionssystems, sondern lässt nach dem Gesetze der Logik aus der Verschaffungspflicht lediglich eine Haftung wegen Nichterfüllung entsteheu. Die Haftung wegen Rechtsmangels ist Haftung wegen Nichterfüllung der Rechtsverschaffungspflicht als primärer Vertragspflicht. Nicht erst das Hervortreten, sondern schon das verborgene Bestehen eines Mangels im Recht gibt dem Käufer als eine Folge von Nichterfüllung den Anspruch auf Erfüllung, auf Schadensersatz usw. Das Vorhandensein des Mangels im Recht wirkt nicht konstitutiv zur Entstehung der Anspüche des Käufers, sondern macht nur als Folge der durch ihn deklarierten Nichterfüllung der Rechtsverschaffängspflicht den Verkäufer haftbar. Der Käufer hat nicht einen Ver schaffungsanspruch und neben ihm, bedingt durch Eviktion, einen Entwehrungsanspruch, sondern er hat sofort einen Anspruch auf Erfüllung, sei es durch Verschaffung, sei es durch Schadloshaltung.

IV. Die Bestimmungen des zweiten Entwurfes über die Haftung des Verkäufers wegen Rechtsmängel wurden in der Beratung durch den Bundesrat und den Reichstag unbedeutend, meist nur redaktionell verändert[1] und am 1. Januar 1900 als Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich geltendes Recht.

---

[1] Inhaltlich neu ist unter anderem, dass der Schadensersatzanspruch an sich in der Geltendmachung nach E. II., 382, Abs. 2 beschränkt, von dem Käufer auch dann sofort erhoben werden kann, wenn die Sache untergegangen ist. (B. G. B. § 440, Abs. 2).